





INSTITUCIONES

DE

DERECHO REAL DE ESPAÑA.

POR EL DOCTOR

DON JOSÉ MARÍA ALVAREZ,
CATEDRÁTICO DE INSTITUCIONES DE JUSTINIANO EN LA REAL Y PONTIFICIA UNIVERSIDAD DE GOATEMALA.

Vir bonus et prudens. . . . .
. . . . parum claris lucem dare coget:
Arguet ambiguè dictum: mutanda notabit.
HORAT. — *De Art. Poet.*

TOMO SEGUNDO.

MADRID:
IMPRENTA DE REPULLÉS: 1829.

Se hallará en las librerías de Escamilla y Sojo, *calle de Carretas.*

LIBRO TERCERO.

DE LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO REAL DE ESPAÑA.

TÍTULO I. AL XIII.

DE LA SUCESION ABINTESTATO.

Habiendo tratado ya en los títulos antecedentes del modo de suceder por voluntad espresa del difunto declarada en el testamento, se sigue ahora tratar del órden con que se sucede por voluntad tácita ó presunta cuando alguno muere intestado (1).

Intestado se dice aquel *que ó no hizo testamento, ó no lo hizo arreglado á derecho, de suerte que no produjo efecto* (2). Veamos, pues, quiénes son los que deben suceder al que muere de esta manera. Es constante por derecho natural que el fin é intencion de los que adquieren bienes no es el dejarlos abandonados despues de su muerte, y que sean del primero que los ocupe (3), sino que desean que aprovechen y hagan felices á todos aquellos en cuya felicidad se complacen (*).

Fundados en este principio los legisladores han puesto

(1) Prólogo del tít. 13. Part. 6.
(2) L. 1. tít. 13. Part. 6.
(3) Heinn. lib. 1. de Jur. N. cap. 11. n. 295.
(*) En los padres para con sus hijos, y en estos para con sus padres, no solo tiene lugar preferente esta presuncion, sino que tambien tienen mútua obligacion de dejarse sus bienes los unos á los otros, de suerte que por esto se llaman herederos forzosos.

por fundamento de la sucesion abintestato al amor; de suerte que en este supuesto deben ser próximos á la sucesion aquellos que presume el derecho fueron mas amados del difunto. Los filósofos antiguos observaron (1) que el amor baja primeramente: si no tiene donde bajar, sube, y si ni aun por ahí tiene lugar, se estiende hácia los lados. En confirmacion de esto nos enseña la esperiencia que los hijos son los mas amados para cada uno: que despues de los hijos se siguen los padres; y despues de estos los parientes colaterales. Bien es verdad que el amor de los padres hácia sus hijos escede tanto al de estos para con sus padres, que es proloquio comun y muy verdadero que *es mas fácil que un padre sustente á veinte hijos, que no veinte hijos á un padre.*

Sobre este principio se han establecido tres órdenes en la sucesion abintestato. En el primer órden entran los descendientes; no habiendo estos se admiten en el segundo los ascendientes, y faltando aun estos siguen en el tercero los colaterales (2). En defecto de todos tiene último lugar el fisco.

§. I.

De la sucesion de los descendientes.

Hemos dicho que en primer lugar son llamados á la herencia los descendientes del difunto si los tiene. Por descendientes entendemos aqui todos aquellos que son hijos ó vienen de nosotros, ya sea esta filiacion por la naturaleza ó por las leyes civiles. Trataremos, pues, con distincion: 1.° de la sucesion de los hijos legítimos: 2.° de los legitimados: 3.° de los adoptivos; y 4.° de los ilegítimos.

De los hijos legítimos es regla general que *todos su-*

(1) Aristót. Ethic. lib. 8. cap. 12.
(2) L. 2. tít. 13. Part. 6.

ceden indistintamente á sus padres (1). No hay, pues, diferencia entre los grados, pues tanto los que son del primero, como los del segundo y tercero &c., serán herederos; y asi el nieto y biznieto son llamados á la herencia con tal que no tengan padre que esté mas próximo que ellos. Tampoco hay diferencia en el sexo, y asi las mugeres tambien son herederas de sus padres abintestato (2). Finalmente, no se conoce ya diferencia entre hijos emancipados ó nó, ni entre sucesion paterna ni materna (3).

Aunque como va dicho todos los descendientes que no tienen padre vivo que les preceda suceden abintestato, con todo no reciben todos igual porcion de la herencia; y asi se deben distinguir tres casos. 1.º *Si solo hay hijos del primer grado, todos suceden por cabezas* (en latin *in capita*), esto es, se hacen tantas partes de la herencia cuantos son los hijos que heredan; v. gr., si un padre ó madre que tiene cuatro hijos deja cuarenta mil pesos, cada uno de los hijos percibirá diez mil, porque todos son de primer grado, y asi suceden por cabezas. 2.º *Si solo hay hijos de los demas grados, como nietos ó biznietos, todos suceden por linage* (en latin *in stirpem*), esto es, vienen todos los hijos de cada padre á llevar la parte que le tocaria á él, y la dividen entre sí; de suerte que de la herencia no se hacen tantas partes como son las cabezas, sino tantas como son los linages ó familias. Esto se hará mas claro continuando el ejemplo ya puesto. Supongamos que los cuatro hijos que habian de heredar de su padre diez mil pesos, murieron antes dejando cada uno dos hijos; entonces estos, muerto el abuelo, entrarán representando á su respectivo padre, y percibirá cada familia diez mil pesos, que divididos entre los dos hijos de que se compone, les tocará á cinco mil á cada uno.

(1) L. 3. tít. 13. Part. 6.
(2) L. 3. ya citada.
(3) Ll. 3. tít. 7., y 3. tít. 13. Part. 6.

3.º *Si concurren hijos del primero y de los demas grados, entonces los que sean del primer grado suceden por cabezas, y los del segundo ó tercero por linages* del modo que hemos esplicado ya (1).

De esta suerte es la sucesion cuando todos los hijos son nacidos de un solo matrimonio; pero si hay diversos cada hijo sucede á su ascendiente solo, y del comun parten entre sí igualmente la herencia.

Esto es por lo que hace á los hijos legítimos: síguense los legitimados. La legitimacion hoy se hace solamente, ó por subsiguiente matrimonio, ó por rescripto del Príncipe. Si se ha hecho del primer modo, es regla general que *los legitimados por subsiguiente matrimonio suceden del mismo modo que los legítimos* (2). Si la legitimacion es del segundo modo, esto es, por rescripto del Príncipe, se debe distinguir si es para el fin de suceder ó nó: en este segundo caso no hay duda que nada recibirán de la herencia paterna: mas en el primero se admiten si son solos, pero si hay otros hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, no pueden entrar con ellos á la herencia de sus padres, madres y demas ascendientes (3).

Síguese hablar de los hijos adoptivos: la adopcion, como ya se ha dicho (4), puede hacerse, ó en un hombre libre del poder de su padre y con autoridad real, ó en uno que es hijo de familia y con autoridad del juez (5). Cuando se hace del primer modo se llama *adrogacion*, y cuando del segundo *adopcion propia*. Esto supuesto, el hijo adrogado, segun nuestro derecho, heredará del adrogan-

(1) L. 3. tít. 13. Part. 6.

(2) Cap. 6. *Qui filii sint legit.*, y ley 1. tít. 13. Part. 4., y ley 10. tít. 8. lib. 5. Rec.

(3) Véase la citada ley 10. tít. 8. lib. 5. de la Rec.

(4) Lib. 1. tít. 11.

(5) L. 7. tít. 7. Part. 4.

te la cuarta parte de sus bienes, y el adoptivo sucederá á su padre adoptante en todos (1), siempre que ni uno ni otro tengan hijos legítimos, pues si los tuvieren en nada les sucederán (2).

Resta hablar finalmente de los hijos ilegítimos: estos, segun hemos dicho en otra parte, se dividen en naturales y espúrios. Los primeros, cuando su padre natural no tiene hijos legítimos, heredarán las dos duodécimas partes de sus bienes (*), que dividirán con su madre; y no siendo éstas suficientes para mantenerse, tienen tales hijos accion á lo necesario para sus alimentos (3); pero los espúrios ninguna cosa heredarán de su padre abintestato, tenga ó nó descendientes legítimos. Por lo que hace á la madre, si no los tiene serán sus herederos los naturales ó espúrios que tenga, si no es que sean de dañado y punible ayuntamiento, ó habidos de clérigo de órden sagrado ó de fraile, ó por monja profesa, en cuyos casos son escluidos de toda sucesion (4). La razon de esta diferencia que hace el derecho entre el padre y la madre, es porque ésta siempre es cierta y conocida, lo cual no sucede en el padre.

§. II.

De la sucesion de los ascendientes.

Hemos dicho arriba que no habiendo hijos no tiene el amor como bajar, y asi sube: de donde se infiere, que la sucesion ordinariamente es recíproca, por lo cual aquellos

(1) Ll. 8. 9. y 10. tít. 16. Part. 4.

(2) Ll. 5. tít. 6. lib. 3., y 1 y 5. tít. 22. lib. 4. del Fuero Real.

(*) Segun la ley 8. tít. 8. lib. 5. Rec. los hijos ilegítimos heredarán el quinto, que es lo que los padres pueden darles en vida, ó dejarles por muerte en razon de alimentos. Febr. reform. Part. 7. cap. 5. §. 1. núm. 70.

(3) L. 8. tít. 13. Part. 6.

(4) L. 7. tít. 8. lib. 5. de la Rec.

padres á quienes suceden sus hijos pueden suceder á sus hijos. Mas como el derecho de representacion no tiene lugar entre los ascendientes, es necesario observar varias reglas.

1.ª *En la sucesion abintestato los ascendientes mas cercanos escluyen á los mas remotos; y siendo de una misma línea, dividen entre sí la herencia por cabezas, y si de distintas la dividen por líneas* (1); y asi, v. gr., muriendo intestado uno que tenga abuelos y bisabuelos paternos, los primeros solamente serán herederos, y nada percibirán los segundos; y si concurrieren dos abuelos por una línea, y dos por la otra, partirán igualmente la herencia todos cuatro, llevando los de la una la mitad, y otra mitad los de la otra, que dividirán entre sí. Pero si concurren solamente uno por una línea, y dos por la otra, no la dividirán por terceras partes, sino que el uno heredará la mitad, y los dos la otra mitad (2) (*).

2.ª *Cuando suceden los ascendientes, aunque haya tambien colaterales no concurren con ellos*; v. gr., muerto un hermano que tiene padres, hermanos y sobrinos, solo heredarán sus padres (3). Y la razon es, porque la línea rec-

(1) Ll. 4. tít. 13. Part. 6., y 1. tít. 8. lib. 5. de la Rec., que es la 6. de Toro.

(2) L. 4. tít. 13. Part. 6.

(*) Se advierte que este modo de suceder no es ni *in capita*, ni *in stirpes*, sino por líneas, y es el que tiene lugar entre los ascendientes habiéndolos de ambas líneas; de suerte que aunque haya muchos por una línea, y por la otra uno solo, la herencia se partirá por mitad. Esta division debe ser sin hacer distincion de bienes, de suerte que los paternos toquen á los ascendientes de parte de padre, y los maternos á los de parte de madre, pues toda la herencia se debe partir indistintamente la mitad para cada línea. Véase la ley 4. tít. 13. Part. 6. Si no es que en alguna parte haya costumbre de que cada ascendiente lleve lo que por su línea disfrutaba el ascendiente intestado, como lo dispone la ley 1. al fin, tít. 8. lib. 5. de la Rec.

(3) L. 4. tít. 8. lib. 5. de la Rec, y es la 7. de Toro, que deroga la ley 4. tít. 13. Part. 6., que disponia lo contrario.

ta es de naturaleza mas privilegiada que la transversal, y muy distinta en el grado.

3.ª *Si los padres ó ascendientes del difunto no fueren legítimos, sucederá del mismo modo que hemos dicho suceden los hijos naturales y espúrios á sus padres, madres y demas ascendientes* (1). Pero de esta regla se esceptúan los adoptivos, pues de estos no son herederos abintestato sus padres adoptantes, sino sus parientes mas cercanos (2).

§. III.

De la sucesion de los colaterales ó transversales.

No habiendo descendientes ni ascendientes, se siguen, como ya hemos dicho, los colaterales, en cuya sucesion se observan las reglas siguientes.

1.ª *Los hermanos enteros, sean varones ó mugeres, y sus hijos, escluyen á todos los demas colaterales, y suceden los hermanos in capita, y los hijos de estos in stirpes* (3).

2.ª *Si solo hay hijos de hermanos enteros, que son sobrinos del difunto, heredarán todos por cabezas, y repartirán con igualdad entre sí la herencia de su tio* (4). La razon es, porque todos los sobrinos estan en igual grado, y aunque entran por representacion á heredar á su tio muerto, esto es, cuando está vivo algun hermano de éste, que tambien concurre á heredar, y les sirve de forma y causa para que tenga lugar la representacion, pues de otra suerte serian escluidos por ser parientes mas remotos, y asi solo en este caso le tiene, y en él se estingue: mas cuando son solos sobrinos, falta el motivo y fomento para la representacion, por lo cual entran por su propio derecho á here-

(1) L. 8. al fin, tít. 13. Part. 6.
(2) L. 5, tít. 22. lib. 4. del Fuero Real.
(3) Ll. 5. tít. 8. lib. 5. de la Rec., y 5. tít. 13. Part. 6.
(4) Ll. 5. tít. 13. Part. 6., y 13. tít. 6. lib. 3. del Fuero Real.

dar como parientes mas cercanos que estan en igual grado.

3.ª *Habiendo solamente medios hermanos del difunto por una línea, estos llevarán toda la herencia; pero si los hubiere por ambas, los que fueren hermanos por la línea paterna heredarán los bienes paternos, y los que fueren de parte de madre heredarán los maternos* (1); *y unos y otros partirán igualmente lo que el difunto adquirió por su industria, arte ú oficio, ó de otro cualquier modo* (2).

Lo que hemos dicho de la sucesion de los parientes transversales se debe entender cuando el parentesco es legítimo, pues si fuere ó el difunto, ó el pariente, natural, se observarán estas reglas.

1.ª *Si el que muere sin descendientes ni ascendientes fuere natural, serán sus herederos los hermanos que tenga hijos de la misma madre, y los hijos de estos, sin que tengan derecho alguno los hermanos que hubiese de parte de padre solamente* (3). La razon es, porque los hermanos que le tocan por parte de madre son ciertos, y los de parte de padre son dudosos.

2.ª *Si el hijo natural que muriese intestado solo tuviese hermanos por parte del padre, le serán herederos como parientes mas cercanos; pero si entre estos hubiere alguno legítimo, éste solo será preferente á todos* (4).

3.ª *Si un legítimo muere no dejando parientes algunos legítimos, sino solo naturales, le heredarán los que sean parientes por parte de madre, y los de parte de padre serán escluidos* (5).

La sucesion por línea transversal, que hemos esplicado

(1) Ll. 5. y 6. tít. 13. Part. 6.

(2) L. 6. tít. 13. Part. 6.

(3) L. 12. del mismo tít.

(4) En sentir de algunos preferirá aun á los hermanos por parte de madre. Véase la ley 12. tit. 13. Part. 6.

(5) Dicha ley 12. al fin.

ya, no pasa el dia de hoy del cuarto grado (1) (*); y así, los bienes del que no dejare parientes hasta dicho grado recaen en el fisco (2), sin que tenga lugar ya la sucesion de la muger al marido, ni de éste á su muger, pues no se hace mencion de ellos (3). Cesa desde luego el dia de hoy la disposicion de la ley de Partida, que estendia esta sucesion hasta el décimo grado, y despues de él llamaba al marido á la herencia de la muger, y ésta á la del marido (*).

Por lo que hace á los peregrinos que mueren sin testamento, está dispuesto que el juez del lugar en donde fallecieren inventaríe sus bienes y los deposite, haciendo los gastos precisos para su entierro y funerales, y hecho, dé cuenta á la Real Audiencia del distrito para que disponga del resíduo entre sus consanguíneos, y á falta de ellos en obras pías, pues aunque no los tengan no recaen en el fisco (4).

(1) Ll. 3. tít. 9., y 9. tít. 10. lib. 1. de la Rec., de las que se hace argumento para creer derogada la ley 6. tít. 13. Part. 6., que estendia la sucesion transversal hasta el décimo grado.

(*) Es dudoso si este cuarto grado se deberá contar por derecho canónico ó civil.

(2) Real instr. de 27 de Nov. de 1785., y de 27 de Agosto de 1786.

(3) L. 12. tít. 8. lib. 5. Rec., y la Real instr. ya citada.

(*) No será fuera del caso para complemento de esta materia decir aqui algo de la cuarta marital. Esta no es otra que la cuarta parte de los bienes paternos que los hijos deben heredar, la cual puede tomar para sí la muger viuda, si quedaré tan pobre que no tenga como subsistir, siendo su marido difunto rico; pero dicha cuarta parte no debe esceder del valor de cien libras de oro, como dispone la ley 7. tít. 13. Part. 6. Y aunque la ley solamente habla de las madres pobres, algunos autores quieren que se deba estender tambien á los padres en su caso. Véase á Febrero, librería de escribanos, cap. 1. §. 21. n. 239. El dia de hoy en vista de la ley 1. tít. 8. lib. 5. de la Recopilacion, que es la 6. de Toro, hay bastante motivo para dudar que pudiese tener lugar tal cual parte. Fuera de que sin ella, y con los ganancia es que le toquen, podria la madre proporcionarse la céngrua sustentacion, y con mucha mas razon el padre, que deberia administrar los bienes de sus hijos.

(4) Ll. 31. tít. 1. Part. 6., y 5. tít. 12. lib. 1. de la Rec.

Finalmente, aunque por derecho novísimo á los religiosos de órdenes que pueden poseer bienes les está permitido ser herederos por testamento (1), se les prohibe espresamente suceder abintestato á sus padres ó parientes, por ser opuesto á su absoluta incapacidad personal, y repugnante á su solemne profesion en que renuncian al mundo y todos sus derechos temporales (2).

Los bienes de los que mueren intestados se deben entregar, segun lo dicho, á aquellos que tienen derecho á sucederles, del modo y con el órden esplicado; pero se deducirá de ellos en solas las sucesiones transversales de bienes libres, sin distincion de grados, el dos por ciento para la Real Hacienda (3), pues se hallan espresamente esceptuadas las sucesiones entre ascendientes y descendientes (4).

Los parientes que suceden abintestato no por eso estan desobligados de invertir algunos bienes en favor de la alma del difunto. Mas para que se sepa cuánto debe ser, dirémos brevemente algo sobre esta materia, haciendo distincion de casos y de herederos. Estos, ó son legítimos y forzosos, ó transversales: y el difunto, ó murió absolutamente intestado, ó bajo poder para testar, pero el comisario no verificó el testamento. Si los herederos son ascendientes ó descendientes, y el pariente falleció absolutamente intestado, estan obligados á hacerle las exequias funerales, y demas sufragios que se acostumbren en el pais, con arreglo á su caudal, calidad y circunstancias; pero no á distribuir todo el quinto por su alma, sin que

(1) Reales cédulas de 29 de Noviembre de 1796, y de 29 de Abril de 1804.

(2) Pragmática de 6 de Julio de 1792.

(3) Real cédula de 11 de Junio de 1801, artículo 5. del Reglamento inserto.

(4) Artículo 1. de dicho reglamento.

para esto haya de hacer el juez inventario de los bienes (1). Si falleció bajo de poder para testar, y el comisario no realizó el testamento en el tiempo prefinido por la ley ó por el mismo testador, tampoco tendrán obligacion á invertir todo el quinto, y cumplirán con solo lo dicho (2). Lo mismo se debe decir de los transversales herederos del que murió absolutamente intestado. Pero si el difunto dió poder para testar, y el comisario, ó por no poder, ó por no querer, no hizo el testamento, en este caso solamente estarán obligados á la distribucion del quinto íntegro dentro del año, segun ordena una ley de Recopilacion (3), que dice asi: "Quando el comisario no hizo testamento, ni »dispuso de los bienes del testador, porque pasó el tiem»po, ó porque no quiso, ó porque murió sin facerlo; los »tales bienes vengan derechamente á los parientes del que »le dió el poder, que huviesen de heredar sus bienes ab »intestato, los quales en caso que no sean fijos ni descen»dientes ó ascendientes legítimos, sean obligados á dispo»ner de la quinta parte de los tales bienes por su ánima »del testador, lo qual si dentro del año contado desde la »muerte del testador no lo cumplieren, mandamos que »nuestras justicias les compelan á ello, ante las quales lo »puedan demandar, y sea parte para ello qualquier del »pueblo." La razon de esta disposicion es, porque en este caso se presume que el testador por el hecho de dar poder para testar al comisario, quiso que su alma fuese preferida á sus parientes en el quinto, y no se amplía á otros casos, porque solo habla del que últimamente he esplicado.

(1) L. 16. tít. 4. lib. 5. Rec.
(2) Argumento de la ley 10. tít. 4. lib. 5. Rec.
(3) L. 10. tít. 4. lib. 5. Rec.

TÍTULO XIV.

DE LOS MAYORAZGOS.

Mayorazgo (1) es *una institucion por la cual se prohibe la enagenacion de algunos bienes, y se establece el órden de personas que han de suceder en su posesion.* El derecho de fundar mayorazgos hace una parte de el de testamentifaccion, y uno y otro son manifiestamente *institucion* del derecho. Aunque el mayorazgo se establezca por contrato entre vivos, siempre participará de la naturaleza del testamento, porque es de la esencia de ambos el que en ellos se disponga de unos bienes cualesquiera para despues de la muerte del que hace la disposicion. La *prohibicion de enagenar*, aunque de la esencia de los mayorazgos, es tambien comun á los demas bienes poseidos por manos muertas; asi que, la diferencia específica de los bienes amayorazgados es *el órden de personas que han de suceder en su posesion.*

Si este órden es el mismo que el que la ley 2.ª, tít. 15, Part. 2.ª, fijaba para la sucesion de la corona de España, el mayorazgo se llama regular. Si se diferencia de él en algo, se llama irregular. Son varias las fórmulas por las cuales puede establecerse un mayorazgo regular, y en general se puede decir que no constando espresa y manifiestamente la intencion de un fundador de hacer irregular un mayorazgo, será éste tenido por regular. En la sucesion de los de esta especie, conforme á la designada en la ley (2) de Partida, debe tenerse presente: 1.º la línea, porque la del último poseedor escluye á las demas: 2.º el

(1) Con esta palabra se designa tambien el cúmulo de bienes en que consiste el mayorazgo, y vulgarmente se da este nombre al poseedor del mismo mayorazgo; pero aqui solo debe considerarse esta voz como representando una entidad legal.

(2) Ley citada del tít. 15. Part. 2.

grado, porque en la línea llamada, el mas próximo pariente escluye al mas remoto: 3.º el sexo, porque siempre es preferido el varon á las hembras de igual linea y grado; y 4.º la edad, porque los mayores escluyen á los menores que les son iguales en línea, grado y sexo. En el mayorazgo regular se sucede por derecho de representacion, y por consiguiente los descendientes de los que llamados á suceder murieron sin haber poseido el mayorazgo, son considerados como ocupando el mismo lugar que estos.

En los irregulares se sucede por el órden que los fundadores establezcan, que son árbitros en esto, asi como en poner las condiciones con que han de poseerse los mayorazgos. Los poseedores deberán cumplirlas siendo honestas y posibles; pero si no lo fuesen á nadie obligarian, y se reputarian por no puestas. Siendo tantas las alteraciones que pueden hacerse en el órden de suceder, que si se tratase de apurarlas tendrian que ser representadas por muchos guarismos, y ofreciendo poca utilidad tan molesto trabajo, hablaremos tan solo de las que suelen hacerse con alguna frecuencia, y constituyen las siete especies mas comunes de mayorazgos irregulares, que son las de los conocidos con los nombres de 1.º *mayorazgo de agnacion*: 2.º *de masculinidad*: 3.º *de femineidad*: 4.º *de segundogenitura*: 5.º *alternativos*: 6.º *saltuarios*: 7.º *electivos* (1).

(1) Quizá alguno eche de menos en esta clasificacion los mayorazgos llamados de agnacion fingida y los incompatibles que se han omitido de intento. La razon para escluir el de agnacion fingida ha sido que diferenciándose los mayorazgos segun el orden con que en ellos se sucede, y no principiando propiamente este órden hasta el caso de suceder al primer llamado, la circunstancia de que éste sea ó nó agnado no puede establecer una nueva especie de mayorazgo. De otro modo se deberian haber creado otras muchas especies de mayorazgos de cualidad fingida, haciendo una, por ejemplo, de los de ternincidad, en que el primer llamado fuese varon; otra de los de segundagenitura, en que el primer llamado fuese primogénito, y asi de los demas. La incompatibilidad es considerada únicamente como una condicion que suele ponerse

Mayorazgo de agnacion es *aquel á cuya sucesion son llamados únicamente los varones que descienden del fundador de varon en varon sin mediar hembra alguna.*

El de masculinidad es *aquel á cuya sucesion son llamados únicamente los varones, sin diferencia alguna entre los que proceden de hembra y los descendientes de varon.* Acerca de este mayorazgo y del anterior debe tenerse presente la Pragmática que el señor Rey Don Felipe III dió á peticion de las cortes celebradas en Madrid en el año de 1611, mandando por ella (1) que las hembras fuesen admitidas á la sucesion de los mayorazgos que se fundasen de allí en adelante (2), *si no fuese en caso* que el fundador las escluyese y mandase que no sucedan, espresándolo clara y literalmente, sin que para ello basten presunciones, argumentos ó congeturas, por precisas, claras y evidentes que sean.

Mayorazgo de femineidad es *aquel á cuya sucesion son llamadas las hembras, ó esclusivamente, ó con preferencia á los varones.* Esta especie de mayorazgo se subdivide en dos, que son: de contraria agnacion, y de contraria masculinidad. Por sus nombres se deja conocer que el primero es aquel á cuya sucesion son llamadas tan solo las hembras que proceden de hembra, y el segundo aquel á cuya sucesion son admitidas las hembras, ya procedan de hembra, ya de varon.

Mayorazgo de segundogenitura es *aquel á cuya sucesion son llamados los hijos segundos por órden sucesivo.*

en algunos mayorazgos, pero que no puede dar lugar á una nueva especie, porque aun cuando por ella se altere alguna vez el órden de suceder, no se crea una constante y diferente de los demas. La incompatibilidad, lo mismo que cualquiera otra condicion justa, puede hallarse tanto en los mayorazgos regulares como en los irregulares.

(1) L. 8. tít. 17. lib. 10. de la Nov. Rec.

(2) Esto es, desde el 15 de Abril de 1615.

Alternativo es *aquel á cuya sucesion son llamados parientes de diversas líneas, de manera que á cada vacante que ocurra se varía de línea, alternando por su órden las llamadas.*

Saltuario es *aquel á cuya sucesion es llamado el pariente del fundador que al tiempo de la vacante sea el de mas edad.*

Electivo es *aquel en que los poseedores tienen facultad de elegir su sucesor entre sus hijos ó parientes.* Si un poseedor muriese sin usar de esta facultad, pasaria el mayorazgo al hijo primogénito, ó al que segun el órden regular de suceder correspondiese.

Estos mayorazgos irregulares, asi como todos los demas, de cualquiera especie que sean, se gobiernan por las mismas leyes y reglas que los regulares, escepto en la parte en que consista la irregularidad. Indicadas las especies mas comunes de ésta, cuanto se diga acerca de la fundacion de los mayorazgos, y de las propiedades de los bienes en que consistan, comprende tanto á los mayorazgos regulares como á los irregulares.

Antes de la Real cédula de 14 de Mayo de 1789 (1), todos los que podian testar podian fundar libremente mayorazgos en favor de cualquiera de la tercera parte de sus bienes si tenian ascendientes, y de la quinta si tenian descendientes, y haciéndolo en favor de alguno de estos podian vincular por via de mejora el tercio y quinto. Para fundar mayorazgos de todos los bienes es para lo que únicamente se necesitaba licencia Real; pero por la citada cédula se mandó, para evitar los males que produce la muchedumbre de mayorazgos, que no se puedan fundar, aunque sea por via de agregacion ó de mejora, de tercio y quinto, ó por los que no tengan herederos forzosos, ni

(1) L. 12. tít. 17. de la Nov. Rec.

prohibir perpetuamente la enagenacion de bienes raices sin que preceda la licencia del Rey. Para que ésta se conceda debe ser á consulta de la Cámara, y hacerse constar que las rentas del mayorazgo que se intenta fundar llegan, cuando menos, á tres mil ducados; que la familia del fundador es digna de ser empleada con utilidad del Estado, y que los bienes en que ha de consistir el mayorazgo no son raices, o al menos que la parte de bienes de esta especie que se quiere vincular es menor que la de efectos de rédito fijo, como censos, acciones de banco, efectos de villa, y otros semejantes que entran á completar el mismo mayorazgo, y en los cuales deben consistir todos los que se funden. Ademas debe pagarse el veinte y cinco por ciento del valor total de lo que se vincule. Las vinculaciones hechas sin estos requisitos son nulas, y los bienes en que consistan deben pasar como libres á los herederos legítimos del fundador, á quienes compete reclamar la nulidad.

Pero observando lo prevenido en la cédula citada, cualquiera que pueda disponer de sus bienes puede fundar mayorazgos, establecer el órden con que se ha de suceder, y las condiciones que han de cumplir sus poseedores. Una de las que mas comunmente suelen ponerse es la de que la posesion de un mayorazgo sea incompatible con la de otros. Esta incompatibilidad puede ser de *ocho maneras*: 1.ª *espresa*, cuando el fundador la manifiesta con palabras terminantes en la fundacion: 2.ª *tácita*, cuando se infiere necesariamente de las cláusulas de ella, v. gr., cuando se mandase que los sucesores de un mayorazgo se firmen en primer lugar con el apellido del fundador, es manifiesto que el poseedor de un mayorazgo de esta especie no pueda obtener otro que exija la misma condicion: 3.ª *absoluta*, que impide la reunion con cualquier otro mayorazgo: 4.ª *relativa*, que solo la impide con ciertos y determinados: 5.ª *en adquirir*, que priva del derecho á los mayorazgos á que

se refiere: 6.ª *en retener*, que prohibe que uno pueda poseer los mayorazgos incompatibles, pero le deja la facultad de elegir uno de ellos: 7.ª *personal*, cuando la incompatibilidad se refiere solo al poseedor: 8.ª *real ó lineal*, cuando comprende á toda la línea del poseedor. Todas estas especies de incompatibilidad se llaman de hombre, porque los particulares pueden á su antojo ponerlas en las fundaciones. Otra hay con el nombre de incompatibilidad legal, y es la establecida por la ley del señor Don Cárlos I, por la que mandó que cuando por causa de matrimonio se juntaren en una casa dos mayorazgos, de los cuales uno llegue á producir de renta dos cuentos (1), escoja el primogénito el que quisiere, y el otro pase al segundogénito, y si no hubiese mas que uno, hágase esta division entre los hijos de éste.

Los mayorazgos son por su naturaleza perpetuos, y lo serán aun cuando los fundadores no lo espresen asi en las fundaciones; pero si dispusieran manifiestamente lo contrario, los bienes amayorazgados se harán libres llegado el caso previsto en la fundacion.

Son tambien indivisibles, y solo puede ocurrir un caso muy raro, como es el de que nazcan de un parto dos varones ó dos hembras sin que se pueda averiguar cuál nació primero, en el que el mayorazgo se dividirá por mitad (2).

Los bienes de mayorazgo son inenagenables por la sencillísima razon de que á ninguno de sus poseedores corresponde su dominio. Sin embargo, ademas de estar sujetos como los bienes libres á la enagenacion en favor del publico en los casos de conocida utilidad, se pueden tambien

(1) Dos cuentos ó millones de maravedises equivalen á cincuenta y ocho mil ochocientos veinte y tres reales y setenta y ocho maravedis vellon.

(2) L. 12. tít. 33. Part. 7.

enagenar en beneficio del mismo mayorazgo; pero para esto se necesita informacion de utilidad y consentimiento del próximo sucesor. La prohibicion de enagenar se estiende naturalmente á la de gravar de cualquiera manera que sea los bienes vinculados. No pudiendo estos bienes ser empleados en beneficio de otros que de los que son llamados á suceder en su posesion, parecia que tampoco deberian recibir incremento en perjuicio de los poseedores de bienes libres. Sin embargo, por la ley 46 de Toro (1) se dispuso que las fortalezas que se hiciesen en los pueblos de mayorazgos, y los edificios construidos en los bienes de esta clase, pasasen á los sucesores del mayorazgo sin que los herederos de los que hicieron tales mejoras puedan reclamar su estimacion. Los intérpretes han querido estender la disposicion de la ley á todas las mejoras, de cualquier especie que sean, hechas en los bienes amayorazgados; pero acaso esta opinion, tan seguida hasta aqui, está mas apoyada en autoridad que en la razon y en la crítica legal.

Tampoco estan obligados los poseedores de los mayorazgos á pagar las deudas que hayan contraido sus antecesores, porque no suceden á estos por derecho hereditario, sino por derecho de sangre ó de linage. Pero sí deben pagar las deudas contraidas por los fundadores antes de que fundasen el mayorazgo. No obstante esta justa ventaja que llevan las deudas de los fundadores á las de los poseedores de los mayorazgos en la sucesion de estos, es de mas provecho la proximidad de parentesco de estos últimos que respecto de los primeros, porque la mayor proximidad respecto del último poseedor es lo que da la prelacion, tanto en la línea recta como en la transversal.

Estas son propiamente las dos únicas líneas por las cuales puede correr la sucesion de los mayorazgos; pero los

(1) L. 6. tít. 17. lib. 10. de la Nov. Rec.

intérpretes dan este nombre á otras muchas, que designan con los de paterna y efectiva materna, masculina, femenina, contentiva ó comprensiva, actual ó posesoria de agnacion, de cualidad, de sustancia habitual, de primogenitura defectiva, electiva y postergada. No es de este lugar definir todas estas líneas que se hallan esplicadas en tantos autores como han tratado de mayorazgos, y que por otra parte no ofrecerá su inteligencia dificultad alguna á los legistas (1). Otras cosas hay en este asunto harto mas árduas, y que exigen un estudio profundo y detenido.

Aqui solo pondremos un caso en que podria ocurrir duda acerca de la preferencia de dos opositores á un mayorazgo. Un último poseedor tuvo un hijo natural, despues de cuyo nacimiento se casó y tuvo otro legítimo; muerta su muger pasó á segundas nupcias con la madre del hijo natural, y por consiguiente quedó este legitimado por subsiguiente matrimonio. Los legitimados de este modo son en todo iguales á los legítimos, y siendo de mas edad el legitimado, parece que debia ser el sucesor del mayorazgo. Sin embargo, la sentencia contraria es la mas fundada y seguida, porque la legitimacion no puede hacerse en perjuicio de los legítimos, ni privar á estos de los derechos que tengan adquiridos legalmente.

Los pleitos que ocurran acerca de la sucesion de los mayorazgos deben sustanciarse en las Chancillerías y Audiencias; pero hay un juicio llamado de tenuta que es privativo del Consejo. Cuando no se hace oposicion al sucesor, la posesion le es transmitida desde la muerte del último poseedor por ministerio de la ley, conforme á la 45 de Toro, por lo que á esta posesion se ha dado el nombre de *civilísima.*

(1) Los que antes de estudiar esta materia no se hayan ocupado en formar árboles genealógicos, deben dedicarse á hacerlo para comprenderla mejor.

TÍTULO XV.

DE LAS OBLIGACIONES.

Todo lo que se ha esplicado desde el principio del libro segundo hasta aqui pertenece á las especies de *derecho en la cosa.* Hemos visto los modos de adquirir el dominio, qué cosa sean las servidumbres, y cómo se adquiera por herencia, ya en virtud de testamento, ya abintestato. Ahora, pues, parece que debia tratarse del derecho de prenda, que es la última especie de derecho en la cosa; pero habiendo de seguir el órden de las instituciones de Justiniano, pasaremos á tratar del *derecho á la cosa*, el cual como siempre nace de obligacion, veremos primeramente qué cosa sea obligacion, y cuántas sus especies.

Por obligacion entendemos *una necesidad moral que nos impone el derecho de dar ó hacer alguna cosa* (1). De esta definicion, que es bastante clara, se deduce el siguiente axioma. *La obligacion no pasa de la persona que la contrae*: de suerte, que en virtud de ella nunca se tiene accion contra un tercero, sino solamente contra aquel que se nos obligó, y en esto consiste una de las principales diferencias entre el derecho *en la cosa* y *á la cosa*, que dimos en el tít. 1.° del lib. 2.°

De la definicion pasemos á sus divisiones. La primera de ellas es que las obligaciones son ó puramente naturales, ó puramente civiles ó mistas (2). Como el fundamento de toda obligacion es la ley, si la obligacion nace del derecho natural, pero no la auxilia ó asiste el derecho civil, la obligacion se llama *puramente natural*, v. gr., la obligacion que nace el dia de hoy de los esponsales con-

(1) Arg. de la ley 5. tít. 12. Part. 5.
(2) L. 5. tít. 12. Part. 5.

traidos sin escritura pública (1). Si el derecho civil ha impuesto la obligacion, pero el derecho natural no la auxilia, se llama *puramente civil*; v. gr., la que nace del contrato literal. Finalmente, si ambos derechos natural y civil asisten á la obligacion, será mista; v. gr., el comprador está obligado por derecho civil y natural á pagar el precio prometido; y asi se puede decir *mista* esta obligacion (2). Hablando en rigor solo éstas son verdaderamente obligaciones, porque producen todo su efecto: las civiles puramente por lo regular no producen alguno, pues se rescinden por la restitucion *in integrum*: las naturales, finalmente, solo producen escepcion y no accion.

Otra division de las obligaciones es que unas nacen inmediatamente de la equidad natural, y otras mediante algun hecho que produce la obligacion. Nacen inmediatamente de la equidad siempre que se exige alguna cosa en virtud de alguno de estos dos principios: 1.º *Todo hombre está obligado á hacer en favor de otro una cosa que ningun daño le trae á él y aprovecha al otro.* 2.º *Todo hombre está obligado á hacer lo que la recta razon dicta que debe.* Por ejemplo, en virtud del primer principio está obligado el poseedor de una cosa á mostrarla al que se lo pide, para investigar si es la suya que él ha perdido: en virtud del segundo el padre está obligado á alimentar al hijo, sin que en ninguno de entrambos casos intervenga hecho alguno que induzca la obligacion.

Por el contrario, cuando la obligacion nace de *hecho*, éste será, ó lícito, ó ilícito. El hecho lícito consiste en el consentimiento, y el ilícito es todo delito; y de aqui se saca otra nueva division de la obligacion, en una que nace de convencion y otra de delito. De los delitos hablaremos

(1) Real decreto de 28 de Abril de 1803.
(2) L. 5. tít. 12. Part. 5.

en el libro 4.º, y asi ahora solo pertenece tratar de las convenciones.

La convencion, que en derecho es lo mismo que pacto, no es otra cosa que aquel *consentimiento por el cual dos ó mas convienen en dar ó hacer alguna cosa.* Se dice que la convencion es *consentimiento*, porque faltando éste no hay hecho obligatorio lícito: ha de ser de *dos ó de mas*, porque uno solo no se puede obligar á sí mismo, y en una compañia se obligan hasta ciento, y aun mas hombres: finalmente, se ha de convenir en *dar ó hacer algo*, y en esta afirmacion tambien se incluye negacion; y asi hay convenciones de no dar ó de no hacer, que se llaman *pactos remisorios.*

La convencion se divide en contrato y pacto: el contrato es *una convencion que tiene nombre y causa*, y el pacto, que ni tiene nombre ni causa. Para entender estas definiciones es necesario saber qué es nombre y qué es causa. *Por nombre* entendemos un vocablo que significa el contrato de que se habla, y del cual toma nombre la accion que produce. *Por causa* se entiende una cosa presente, de la cual, segun derecho, nace obligacion. Asi, v. gr., la venta tiene nombre, y de alli nace la accion de compra y venta, y causa, que es el consentimiento: por el contrario, una promesa de donar alguna cosa ni tiene nombre, porque no hay accion de este nombre en derecho, ni hay cosa alguna presente, sino que solo se promete para lo por venir (*).

Los contratos unos son *verdaderos*, ó rigorosamente tales, y otros se llaman *cuasi contratos.* Todo contrato por

(*) Se advierte que ya por nuestro derecho, en virtud de la ley 2. tít. 16. lib. 5. de la Rec., no se conoce distincion entre pacto nudo y vestido, como lo habia entre los romanos; y asi entre nosotros todo pacto que sea conforme á derecho produce obligacion siempre que conste la voluntad de obligarse, sin que se pueda alegar que no hubo solemnidad, pues en virtud de dicha ley no se necesita alguna.

ser convencion requiere precisamente consentimiento, y éste puede ser ó verdadero y espreso, ó ficto, que tambien se llama presunto: del verdadero y espreso nacen los contratos verdaderos, y del ficto ó presunto los cuasi contratos. Mas para que no se piense que las leyes sin razon alguna fingen que uno consintió, hay tres reglas de equidad natural, de las cuales se deduce el dicho consentimiento.

1.ª *Ninguno se presume que sin razon alguna quiera enriquecerse con daño de otro.*

2.ª *El que quiere lo que antecede, no debe rehusar lo que se sigue.*

3.ª *Cualquiera se presume que ha de aprobar lo que redunda en utilidad suya.*

Los verdaderos contratos unos son nominados y otros innominados. Los nominados tienen nombre y causa, y asi producen accion del mismo nombre. Mas los innominados solo tienen causa, pero no nombre; y asi no producen accion especial. Tales son estos cuatro, que comunmente se asignan: *te doy porque me hagas*, *te doy porque me des*, *te hago porque me des*, *y te hago porque me hagas*. Es verdad que pudiera decirse que aun los contratos nominados pueden incluirse bajo estas cuatro formas, pues la compra y venta, v. gr., no es otra cosa que *te doy porque me des*; pero realmente no es asi, pues en los contratos nominados interviene moneda precisamente, y en los innominados ó no interviene, sino otra cosa, ó si se quiere que intervenga no es como precio ó merced, sino como honorario, que no es necesario que esté definido por pacto.

Hemos dicho ya que todos los contratos deben tener causa, esto es, alguna cosa presente, de la cual, segun las leyes, nace obligacion. Estas causas no son mas que la tradicion de la cosa, las letras y el consentimiento, pues ya no hay necesidad de palabras solemnes en alguno. Los

contratos que se perfeccionan por la tradicion se llaman reales, como el mútuo, comodato, prenda y depósito. Los que por solo el consentimiento, *consensuales*, como la compra venta, locacion conduccion, enfitéusis, sociedad y mandato; y el que se perfecciona por letras solemnes se llama *literal.*

Resta la última division de los contratos, por la cual unos son unilaterales, y otros bilaterales; pero es de advertir que no tienen este nombre por las personas que contraen, pues en este sentido todos los contratos son bilaterales, sino por las personas que se obligan. Si una y otra queda obligada, el contrato es bilateral; si una solamente, unilateral: en la compra y venta, v. gr., uno y otro contrayente se obliga, y en el mútuo uno solo. Los unilaterales se llaman tambien de derecho rigoroso (en latin *stricti juris*), y los bilaterales de buena fé; pero por esto no se quiere decir que la buena fé no sea necesaria en los contratos de rigoroso derecho, sino que en estos nada mas se puede pedir que lo que espresamente se prometió: por el contrario, en los llamados de buena fé se debe todo aquello que dicta la equidad, aun cuando no se haya pactado espresamente, v. gr., del mutuo no se piden usuras, si no es que se prometan, porque es contrato de rigoroso derecho: mas en la compra y venta por sola la tardanza en verificar el pago está el comprador obligado á las usuras, por ser este contrato de buena fé.

De lo dicho se deduce muy fácilmente por qué razon ciertos contratos producen dos acciones, y otros una. Como en los bilaterales ambos contrayentes estan obligados, precisamente debe haber dos acciones, por medio de las cuales uno y otro sea compelido á cumplir lo que debe. Por el contrario, como en el mutuo, v. gr., á nada está obligado el acreedor, sino solo el deudor, de aqui es que solamente se da una accion. Las dos acciones que nacen de

los bilaterales ó son ambas directas, ó la una es directa y la otra se llama contraria. Son ambas directas siempre que la obligacion de los dos contrayentes nace desde el principio del contrato; y es la una directa y la otra contraria siempre que el uno de los contrayentes queda obligado desde el principio y el otro despues; v. gr., en la compra y venta uno y otro contrayente desde el principio se obliga en virtud del mismo contrato; y asi nacen las dos acciones llamadas *de compra* y *venta*, que ambas son directas. Mas en el mandato solamente el mandatario queda obligado desde el principio, y en virtud del contrato; pero el mandante no está obligado sino hasta despues, en el caso de que el mandatario hiciese algunos gastos por él, ó recibiese daño por causa de la ejecucion del mandato; y asi la accion contra el mandatario es directa, y la que se da contra el que mandó contraria. En materia de acciones contrarias sirva de regla general que *toda accion contraria se da para indemnizarse.*

Resta decir alguna cosa sobre la obligacion de resarcir el daño en los contratos. Daño llamamos *todo aquello que disminuye nuestro patrimonio.* Esto puede suceder, ó por *dolo*, ó por *culpa*, ó por *caso fortuito.* Dolo se dice que hay siempre que se verifica propósito ó intencion en el que daña (1). Culpa cuando se falta por negligencia ó descuido (2). Finalmente, caso fortuito se llama cuando el daño viene de la providencia divina que asi lo dispone, y á la que no se puede resistir (3). Acerca del dolo solo hay una regla que observar, esta es: *el dolo siempre se presta en todo contrato*; lo cual es tan cierto, que aun cuando hubiesen pactado entre sí los contrayentes que no se prestase, no valdria este pacto, porque convidaria á pagar. Aun hay

(1) Ll. 1. tít. 16., y 11. tít. 33. Part. 7.
(2) L. 11. tít. 33. Part. 7.
(3) Dicha ley 11.

ciertos contratos en los cuales no solo se presta el dolo, sino que tambien se hace infame el que lo comete; tales son la tutela, el depósito, la sociedad y el mandato (1). Y la razon que tienen para esto las leyes, es porque estos contratos solo se hacen entre amigos, cuando los demas se celebran con cualquiera, y no hay cosa mas execrable que un amigo sea burlado y engañado por su mismo amigo.

Acerca del caso fortuito se da tambien una regla solamente, esta es la siguiente:

Al caso fortuito, hablando en general, ninguno está obligado (2). La razon es, porque á ninguno se puede imputar lo que no puede impedir, sino que depende de la providencia divina, que gobierna todas las cosas. Con todo, puede suceder que alguno preste el caso fortuito; esto será: 1.º si voluntariamente se quisiere obligar á él: 2.º si fuere moroso en entregar ó en restituir la cosa; y 3.º si por su culpa dió ocasion al caso fortuito (3).

La culpa, segun los juristas, se divide en *lata*, *leve* y *levísima*. El fundamento de esta division es la diversidad que hay de padres de familia; entre estos hay algunos sumamente cuidadosos, que parece tienen mil ojos para cuidar de todo, y que de noche no pueden tomar el sueño sin haber escudriñado todos los rincones de su casa. Ahora, pues, el que no imita esta diligencia, verdaderamente exactísima, se dice que comete *culpa levísima* (4). Hay otros padres de familia descuidados y perezosos, que ni saben adelantar, ni aun conservar la hacienda recibida: los que son tan negligentes, ó mas que ellos, se dice que cometen culpa lata (5). Finalmente, hay otros exactos y mediana-

(1) L. 5. tít. 6. Part. 7.

(2) Arg. de la ley 3. tít. 2. Part. 5., y ley 11. tít. 33. Part. 7.

(3) Dicha ley 3.

(4) L. 11. tít. 33. Part. 7.

(5) Dicha ley 11.

mente cuidadosos, y el que no imita la diligencia de estos es reo de culpa leve (1).

Estas son las descripciones, las cuales entendidas, fácilmente se entenderán las reglas que se han de observar en prestar las culpas. Es de advertir que hay contratos que solo ceden en utilidad del que da, otros solo del que recibe, y otros que ceden en utilidad de ambos contrayentes.

Regla 1.ª *Cuando toda la utilidad es para el que da y ninguna para el que recibe, aquel presta hasta la culpa levísima, y este solamente la lata*; v. gr., en el depósito el que depone se obliga hasta la culpa levísima, porque él únicamente percibe la utilidad de este contrato, y el depositario solamente la culpa lata, porque el trabajo todo es para él.

2.ª *En los contratos que ceden en utilidad de ambos contrayentes, cada uno está obligado á la culpa leve*; v. gr., la compra venta, locacion conduccion, compañía y prenda.

3.ª *Cuando toda la utilidad es para el que recibe, este contrayente presta hasta la levísima*; v. gr., en el comodato.

4.ª *El que de su voluntad se ofrece á un contrato en que se requiere una diligencia muy grande, queda obligado hasta la culpa levísima, como en la administracion de negocios agenos.*

5.ª *El que ofrece á otro su cosa no puede exigir sino la culpa lata*; por ejemplo, en el precario.

Hemos hablado ya de las obligaciones en general: síguese ahora tratar en particular de los contratos nominados; y como estos, segun se ha dicho arriba, se dividen en reales, literales y consensuales, el título siguiente habla de los reales.

(1) La misma ley 11. tít. 33. Part. 7.

TÍTULO XVI.

DE QUÉ MODOS SE CONTRAE OBLIGACION POR TRADICION DE LA COSA, Ó DE LOS CONTRATOS REALES.

Aunque todas las obligaciones producidas por los contratos innominados, y aun por los delitos, nacen de cosa, llamamos ahora *contratos reales* á aquellos que ni tienen su perfeccion esencial, ni aun producen obligacion, si no es que se siga la tradicion de la cosa. Tales son entre los nominados estos cuatro: *mútuo*, *comodato*, *depósito* y *prenda*. Dije *entre los nominados*, porque los innominados todos esperan la tradicion de la cosa para producir obligacion; y asi no seria contrato si uno dijese, *te daré porque me des*, *te haré porque me des ó hagas*, si no es que sea actualmente, *te doy porque me des ó hagas &c.*; y asi se vé claramente que es necesario que todos los contratos innominados sean reales.

El primer contrato que se perfecciona por la tradicion de la cosa es el *mútuo*, y se llama asi *un contrato por el cual una cosa fungible, ó de las que consisten en número, peso y medida, se da á otro para que use de ella como dueño, con obligacion de volver otro tanto en el mismo género* (1). Se dice que este contrato se versa en cosas fungibles, porque sino fueren de las que se consumen por el uso no será mútuo, sino comodato. Se dice que *usa de la cosa como dueño el que la recibe*, y ésta es otra distincion entre el mútuo y comodato, pues en éste se da solo el uso y no el dominio. Finalmente, se añade que el deudor debe restituir *otro tanto en el mismo género*, y en esto se distingue el mútuo de todos los demas contratos reales, conviene á saber, del comodato, depósito y prenda, en los cuales se debe restituir lo mismo en especie.

(1) L. 1. tít. 1. Part. 5.

Con lo dicho se entenderán fácilmente dos axiomas acerca de esta materia. 1.º *No se da mútuo si no se verifica tradicion de moneda, ó de otra cosa de las que se llaman fungibles* (1). 2.º *El mútuo es especie de enagenacion, y el dominio de la cosa fungible pasa al deudor* (2).

De estos dos axiomas se deducen todos los derechos que hay acerca del mútuo; y asi de ello se infiere: 1.º Que puede dar á mútuo todo aquel que puede enagenar; y asi, de ninguna suerte lo puede hacer el pupilo, ni el menor (3) (*), y sí solo aquel que tiene facultad de contraer. 2.º Que por

(1) L. 1. tít. 1. Part. 5.
(2) Ll. 2. y 10. tít. 1. Part. 5.
(3) Ll. 17. tít. 16. Part. 6., y 4. tít. 11. Part. 5.

(*) Acerca de las personas á quien se puede hacer el préstamo, se advierte que á las iglesias, reyes, concejos, comunidades y menores, aunque se les puede dar á mútuo, no se podrá demandar lo dado sino se prueba que se convirtió en su utilidad (4). Y asi, para que quede el que da á mútuo asegurado, debe probarse la utilidad antes de hacerse el contrato, y obtener licencia del respectivo juez á quien corresponda darla, con cuya diligencia será bien hecho (5).

De ninguna manera se puede dar á mútuo á ningun hijo de familia, sea mayor ó menor de veinte y cinco años, estando bajo la patria potestad, y si lo recibe no está obligado á su restitucion, ni se le puede demandar judicial ni estrajudicialmente, ni á sus fiadores, ni padre, y el contrato que sobre ello se hiciere es nulo, si no es en seis casos: 1.º Cuando el hijo es soldado. 2.º Cuando obtiene empleo público del Rey ó concejo. 3.º Cuando niega que es hijo de familia, y el acreedor tiene justa causa para creerlo. 4.º Cuando lo prestado se convirtió en utilidad de su padre, ó éste le mandó recibir el préstamo, ó estando presente lo consiente, pues entonces ambos quedan obligados. 5.º Cuando está reputado comunmente por libre de la patria potestad, ó es menestral ó comerciante, y como tal acostumbra contratar públicamente, ó su padre lo tiene puesto en este ejercicio, y con su órden contrata. 6.º Cuando el hijo está acostumbrado á recibir prestado, y su padre á pagarlo, pues se presume su consentimiento (6).

Si el factor de algun mercader ó cambiante toma algo prestado con

(4) L. 3. tít. 1. Part. 5.
(5) Febr., librer. de escrib., cap. 4. §. 2. n. 11.
(6) Ll. 4. y 6. tít. 1. Part. 5. Véase la l. 22. tít. 11. lib. 5. de la Rec.

ser este contrato unilateral, solo queda obligado el deudor á volver la cosa que recibió en el mismo género que se le dió (1).

Resta hablar de la accion que nace del mútuo. Como este contrato es de los nominados, la accion que produce es del mismo nombre, y se llama *accion de mútuo.* Se da esta al acreedor contra el deudor á efecto de recibir la cosa prestada en el mismo género, la que se le debe restituir al plazo estipulado, y si no se prefine plazo diez dias despues de prestada á voluntad de su dueño (2).

A mas de esto el que recibe alguna cosa á mútuo, si no la vuelve al plazo estipulado, debe pagar la pena que se haya impuesto al tiempo del contrato; pero si no se impuso pena alguna, pagará los daños y perjuicios que haya recibido el mutuante asi en la demora como en la demanda, á lo cual está obligado asi el que recibió el mútuo como sus herederos (3).

El segundo contrato, que se perfecciona por la entrega de la cosa, es el comodato, por el cual entendemos *un contrato real por el cual una cosa no fungible se da graciosamente para cierto uso, con obligacion de que concluido éste se vuelva la misma cosa en especie* (4). Se diferencia del mútuo, parte en que aqui se da una cosa *no fungible*, y en el mútuo fungible, y parte en que aqui se transfiere solamente el uso, y alli tambien el dominio. Del precario se distingue en que en el comodato se da la cosa pa-

su mandato ó sin él, y lo emplea en el comercio de su amo, debe pagarlo éste; pero si no le dió órden para tomarlo, ni lo convirtio en beneficio de su amo, no está obligado éste, sino el factor, á su solucion (5).

(1) L. 2. tít. 1. Part. 5.

(2) L. 2. al mismo tít.

(3) L. 10. tít. 1. Part. 5.

(4) L. 1. tít. 2. Part. 5.

(5) L. 7. tít. 1. Part. 5.

ra cierto uso, y en el precario para incierto é indefinido, y asi siempre es revocable.

Entendida esta definicion fácilmente se entienden los siguientes axiomas: 1.° *El comodatario recibe la cosa agena para hacer un cierto y definido uso*; de otra suerte seria precario (1). 2.° *En este contrato no es igual la utilidad de los contrayentes, sino que toda es para el comodatario, y ninguna para el comodante*; de otra suerte seria locacion conduccion (2).

Del primer axioma nacen dos conclusiones. 1.ª Que la cosa comodada no se puede pedir antes de acabarse de hacer el uso de ella (3). Pero esto se debe entender de rigor de derecho, pues la equidad persuade que si el comodante necesita de su cosa, debe ser preferido al comodatario. 2.ª Que el que usa de la cosa por mas tiempo, ó de otro modo del que consintió el comodante, comete hurto de uso, porque se sirve de ella contra la voluntad de su dueño (4).

Del segundo axioma se infiere: 1.° Que este contrato no admite paga, porque en el instante degenerará en locacion conduccion (5) siendo hecha en dinero, y si en otra cosa, en contrato *do ut des*. 2.° Que el comodatario ordinariamente está obligado á la culpa levísima (6), pues lo comun es que solo ceda en utilidad del que recibe; pero si cediese en utilidad de ambos, ó de solo el que da, como puede acontecer, se prestará la leve ó lata, conforme á las reglas ya dadas (7). 3.° Que el caso fortuito no daña al co-

(1) Dicha ley 1. tít. 2. Part. 5.
(2) La misma ley 1. del tít. 2. al fin.
(3) Arg. de la ley 9. del mismo tít.
(4) L. 3. del mismo tít. 2. Part. 5., y ley 3. tít. 14. Part. 7.
(5) L. 1. tít. 2. Part. 5.
(6) L. 2. del mismo tít.
(7) Dicha ley al medio, en donde pone ejemplos de estos dos casos.

modatario, sino al comodante (1). La razon es, porque la cosa perece para su dueño, á que se agrega que el comodatario es deudor de cierta especie, el cual queda libre siempre que ésta perece. Se escepcuan de estas reglas varios casos, en los cuales es de cargo del comodatario el caso fortuito. 1.° Cuando éste sucede por su culpa (2). 2.° Cuando no vuelve la cosa en el dia ó tiempo señalado, pues desde el instante en que es moroso queda obligado á pagarla de cualquier modo que perezca (3). 3.° Cuando el comodatario se quiso obligar al peligro (4).

Las acciones que nacen de este contrato son dos, y como es de los nominados, se llaman *de comodato.* Como el comodatario se obliga desde el principio, y el comodante hasta despues, se sigue que al comodante compete la accion directa, y al comodatario la contraria: aquella para que se restituya la cosa y se preste la culpa, y ésta, como todas las demas acciones contrarias, para indemnizarse.

El tercer contrato real se llama *depósito*, y es *un contrato por el cual una cosa mueble se da á guardar á otro gratuitamente para que la restituya en especie cuando la pida el deponente* (5). Es digno de notarse que en la definicion se habla de cosa mueble, porque aunque las raices puedan estar en alguna manera en depósito, pero propiamente solo las muebles son su materia (6). En este contrato ni el dominio ni el uso se transfiere, sino solamente la guarda; y asi, si se concede al depositario que use de la cosa que se le da siendo fungible, y que vuelva otro tan-

(1) La misma ley 3.

(2) Véase la ley 3., que pone ejemplos con que se ilustra esta escepcion.

(3) L. 3. al fin.

(4) La misma ley.

(5) Ll. 1. tít. 3. Part. 5., y la 2. en el principio.

(6) L. 2. en el principio, tít. 3. Part. 5.

to en el mismo género, el depósito degenerará en mútuo.

El depósito se divide en simple, miserable y secuestro. El primero se verifica cuando alguno voluntariamente y sin necesidad deposita la cosa: el segundo cuando lo hace por necesidad urgente á fin de salvarla de algun incendio, naufragio &c.; y el tercero cuando por razon de pleito se deposita la cosa por el poseedor (1).

Acerca del depósito simple se establecen los siguientes axiomas: 1.º *El depósito es un contrato gratuito, de otra suerte degenerará en locacion, ó en contrato do ut des* (2). 2.º *Por el depósito solo se transfiere la custodia de la cosa, de otra suerte se convertirá en mútuo, ó comodato* (3). 3.º *La utilidad en este contrato es solo para el deponente, porque de su naturaleza es gratuito* (4).

Del primer axioma se deduce: lo 1.º que este contrato sin mudar su esencia no admite paga (5). 2.º Que como este contrato solo se hace entre amigos, el dolo del depositario se castiga con infamia (6); y si no, ¿quién, sin ser oprimido de una urgente necesidad, encomendaria sus cosas á otro que á un amigo, en cuya fidelidad tiene mucha confianza? Es, pues, una cosa muy detestable que un amigo sea engañado por otro.

Del segundo axioma, en que se asienta que solo se transfiere la guarda, se deduce: 1.º Que el depositario cometerá hurto si usa de la cosa depositada contra la voluntad de su dueño. Pero 2.º puede el depósito volverse mútuo ó comodato, espresa ó tácitamente. Espresamente si se pacta que el depositario pueda usar de la cosa, y tácitamente si

(1) L. 1. tít. 3. Part. 5.
(2) L. 2. tít. 3. Part. 5.
(3) Dicha ley 2. al fin.
(4) Arg. de la citada ley 2.
(5) La misma ley 2.
(6) L. 8. dicho tít. 3. Part. 5.

una cosa fungible se entrega sin guarda ni cerradura alguna (1), pues entonces se infiere con razon que el deponente se contentará con recibir otro tanto en el mismo género.

Finalmente, del tercer axioma inferimos: 1.º Que el depositario solamente está obligado á la culpa lata, hablando en general (2). Dije hablando en general, porque hay varios casos en que se obliga á mas: 1.º si se pactó lo contrario: 2.º cuando el depositario se ofrece y ruega para que le den la cosa en guarda; y 3.º cuando recibe precio por guardarla, pues en tales casos debe prestar la culpa leve (3). 2.º Que mucho menos se entenderá obligado al caso fortuito, si no es que se pacte asi, ó que el depositario sea moroso en la entrega, ó que venga el caso fortuito por dolo ó culpa lata del depositario, ó si se hiciese el depósito por utilidad solamente del que lo recibe (4).

Hemos dicho ya que depósito miserable se llama aquel que se hace por motivo de incendio, ruina, naufragio ó de otra urgente necesidad. Ahora, pues, como es una cosa otro tanto mas detestable que lo comun el añadir afliccion al afligido, al que en semejante depósito comete dolo lo condenan las leyes en el duplo de la cosa perdida (5).

El depósito judicial ó secuestro se distingue de los otros en que se hace por lo regular invito el dueño, y que solo tiene lugar en las cosas litigiosas (6). Tampoco lo debe entregar el depositario hasta que se haya dado la sentencia y finalizado el pleito (7).

Resta esplicar la accion que nace de este contrato: es-

(1) L. 2. tít. 3. Part. 5.
(2) L. 3.
(3) L. 3. al fin.
(4) L. 4. tít. 3. Part. 5.
(5) L. 8. del mismo tít.
(6) L. 3. en el medio.
(7) L. 5. tít. 3. Part. 5.

ta tiene el mismo nombre, y se llama *accion de depósito* directa ó contraria. La directa compete al deponente para que se le devuelva la cosa depositada: la contraria se da al depositario para indemnizarse; y del mismo modo se procede en el secuestro. Lo singular que tiene la accion de depósito es que no se puede oponer escepcion, ni con título de retencion ó compensacion, espensas ni otro alguno, sino que se debe volver la cosa luego que se pida al depositario, usando éste despues de su derecho (1). Con todo, la ley de Partida asigna cuatro casos, en los cuales puede retenerse el depósito: 1.º cuando la cosa depositada es espada, cuchillo ú otra arma, y su dueño ha perdido el juicio: 2.º cuando al dueño se le confiscan los bienes: 3.º cuando un ladron da en guarda lo que hurtó, y su dueño dice al depositario que no lo entregue hasta que judicialmente se le mande; y 4.º cuando se le entregase en depósito al mismo dueño lo que se le habia hurtado, pues probando ser suyo lo puede retener como señor que es (2).

Resta esplicar el último contrato real, y es el que se llama *prenda*, y tambien *hipoteca* (*), cuya diferencia y naturaleza esplicaremos primeramente. Para la seguridad de las obligaciones que contraen los hombres entre sí se inventó un contrato, por el cual el que quiere asegurar los intereses de otro obliga á su responsabilidad, ó todos, ó una parte de sus bienes. Estos, segun ya hemos esplicado

(1) Dicha ley 5. tít. 3. Part. 5.

(2) L. 6. del mismo tít.

(*) La palabra *prenda* puede tener varias significaciones: unas veces entendemos por ella la misma cosa dada en prenda: otras veces el contrato por el cual se constituye la prenda; y otras, finalmente, el *derecho en la cosa* dada en prenda ó hipotecada, que corresponde al acreedor despues de la tradicion, y aun sin ella, en la hipote a. Si la prenda se considera de este último modo, nacen de allí acciones reales. Si como contrato, nace accion personal; y asi vamos á tratar de ella.

en otra parte (1), ó son raices ó muebles y semovientes, ó incorporales, como derechos y acciones. Cuando estos bienes se entregan al acreedor para su seguridad, se llama *prenda*; y cuando solo se gravan al cumplimiento de alguna obligacion, se llama *hipoteca*; y aunque ambas convienen en que quedan ligados y sujetos los bienes á la obligacion constituida, se diferencian en que la prenda se entrega al acreedor, y la hipoteca permanece en poder del deudor. Trataremos primeramente de la prenda, y luego de la hipoteca.

La prenda es *un contrato real por el cual la cosa se entrega por el deudor á su acreedor para seguridad de la deuda, con la condicion de que pagada ésta se le restituya su misma cosa en especie* (2).

Esta definicion se aclarará con los axiomas siguientes: 1.° *Se pueden dar en prenda todas aquellas cosas que prestan seguridad: producen este efecto todas las que tienen precio* (3). De donde se infiere claramente que las cosas sagradas, y demas que estan fuera del comercio, no pueden ser dadas en prendas (4). 2.° *En este contrato solo se transfiere la posesion natural ó la nuda detencion de la cosa* (5). 3.° *Ambos contrayentes son utilizados en este contrato: el acreedor porque asegura su deuda, y el deudor porque halla quien le dé lo que ha menester* (6).

Del primer axioma se infiere que todas las cosas, asi corporales como incorporales, pueden ser dadas en prendas, con tal que esten en el comercio (7), y que el que las dé

(1) Tít. 2. lib. 2. de estas instit.

(2) L. 1. tít. 13. Part. 5.

(3) L. 2. tít. 13. Part. 5.

(4) Ll. 3. tít. 13. Part. 5., y 10. tít. 2. lib. 1. Rec.

(5) Arg. de la ley 20. tít. 13. Part. 5. v. E para esto ser bien guardado.

(6) Dicha ley 20.

(7) L. 2. tít. 13. Part. 5.

tenga derecho de enagenarlas (1); ó si la cosa es agena la dé en prenda con consentimiento espreso ó tácito de su dueño, ó que á lo menos haya ratihabicion (2).

Del segundo se infiere que el acreedor no puede usar de la prenda, si no es con consentimiento del deudor (3), ó si interviene pacto de que el acreedor use de la prenda en lugar de las usuras, á que llaman *antichresis*. Pero este pacto trae bastante molestia al acreedor, porque queda obligado á dar cuentas de los frutos y utilidades percibidas, y á restituir todo lo que esceda de las usuras legítimas; de otra suerte no será lícito, por usurario. Del mismo axioma sale la distincion entre la prenda y la hipoteca, que ya hemos insinuado.

Finalmente, del tercer axioma sale una conclusion solamente, esta es, que ambos contrayentes estan mutuamente obligados á la culpa leve (4); y así, si la cosa se perdiere ó empeorare por culpa levísima del depositario, ó por caso fortuito, no estará obligado á resarcir el daño.

Las acciones que nacen de este contrato son dos: una se llama *pignoraticia* directa, y la otra contraria. La primera se da al deudor, pero hasta que ha pagado la deuda (5): la segunda se da al acreedor restituida la prenda. Con la directa se pide la prenda, y todos los daños causados á ella por dolo, culpa lata ó leve del acreedor; y con la contraria se indemniza el acreedor de todos los gastos ó menoscabos que haya tenido en la conservacion y guarda de la prenda (6).

(1) L. 7. tít. 13. Part. 5.
(2) L. 9. dicho tít. y Part.
(3) L. 20. del propio tít. y Part.
(4) L. 20. tít. 5. Part. 5.
(5) L. 21. tít. 13. Part. 5.
(6) La misma ley 21., dicho tít. y Part.

APÉNDICE.

DE LA HIPOTECA.

La hipoteca, segun hemos dicho, es *un pacto por el cual el deudor obliga sus bienes al acreedor para seguridad y cumplimiento de algun contrato.* Se divide primeramente en universal ó general, y en particular ó especial. La primera es aquella en que no solo se incluyen los bienes que el deudor tiene al tiempo que celebra el contrato, sino tambien los que adquiere despues; pero por la obligacion á que quedan afectos no se impide su enagenacion. La segunda es aquella por la cual alguno ó algunos bienes se ligan espresa y determinadamente, y siempre estan sujetos á la responsabilidad del débito y obligacion contraida, aunque pasen á tercero poseedor, hasta que se estingue (1).

La hipoteca, ya sea general ó especial, se divide tambien en otras cuatro maneras. La primera es convencional espresa, y se llama asi porque se hace por palabras y convenio del deudor, que á instancias del acreedor, pero voluntariamente, obliga sus bienes á la satisfaccion de la deuda y cumplimiento del contrato. La segunda es la legal ó tácita, y se verifica cuando, aunque el deudor no obligue sus bienes espresamente, quedan tácitamente hipotecados por ministerio y disposicion de la ley, de lo cual daremos despues los principales casos. La tercera se llama pretoria, y es cuando el juez por contumacia del reo entrega sus bienes á su acreedor para que se reintegre de su débito, como se hace en el asentamiento (*). La cuarta es la judi-

(1) Ll. 1. y 5. tít. 13. Part. 5.

(*) Asentamiento se llama la posesion ó tenencia que da el juez al demandador de algunos bienes del demandado por la rebeldía de éste para comparecer ó para responder á la demanda. Véase el tít. 8. de la Part. 3., y el tít. 11. lib. 4. de la Rec.

cial, y se da cuando por deuda se hace ejecucion en los bienes del deudor (1).

Entre las hipotecas que hemos esplicado se encuentra bastante diferencia. Cuando la hipoteca es espresa ó tácita, desde que es constituida quedan obligados los bienes del deudor al acreedor, aunque no haya posesion ó tradicion de ellos; mas cuando es pretoria ó judicial, hasta que la haya, ó se entreguen, ó haga la ejecucion en ellos, no quedan obligados; y asi antes de esto, y despues de mandados entregar por el juez, el deudor los puede obligar é hipotecar á otro, pero será preferido aquel á quien el juez los mandó entregar (2). Se diferencian entre sí la hipoteca pretoria y la judicial en que en la pretoria siendo uno de los acreedores metido en posesion de los bienes, por esto mismo lo son los demas, y asi todos tienen igual antelacion ó preferencia. Mas siendo la hipoteca judicial, el primero que es metido en posesion de los bienes, ó que ejecuta en ellos, se prefiere á los demas que no lo han hecho.

Viendo ya qué cosa es hipoteca, y cómo se divide, resta esplicar qué bienes se entienden hipotecados en la general, y quiénes son los que la tienen tácita. En la hipoteca general y obligacion de todos los bienes no solo se comprenden los presentes que el deudor tenia al tiempo del contrato, sino tambien los futuros, y son los que despues de él adquiriere, aunque no se esprese (3), como tambien las deudas, derechos y acciones que tuviere á su favor; pero si la obligacion se hiciese espresando que se hipotecaban los bienes muebles y raices, sin hacer mencion de las deudas &c., no se comprenderian en dicha obligacion, por ser en cierto modo tercera especie de bienes, que no

(1) Ll. 1. y 23. tít. 13. Part. 5., y 1. tít. 8. Part 3., y 2. y 3. tít. 11. lib. 4. Rec.

(2) Curia Filip., lib. 2. Comerc. terr., cap. 3.

(3) L. 5. tít. 13. Part. 5.

comprende el nombre de muebles y raices (1) (*).

Mas no vienen en la obligacion general de los bienes el siervo ó sierva que tuviere señaladamente el deudor para servirle y guardarle, ni la cama y vestido ordinario, y otras cosas de su casa necesarias al uso cotidiano, ni las armas, ni los libros, ni las prohibidas de enagenar (2).

Los que tienen tácita hipoteca en los bienes de otros son los siguientes. El fisco Real en la cosa que se vende, ó que pasa de unas partes á otras por la alcabala y derechos Reales que por razon de ello le son debidos (3); y no solo en la cosa vendida, sino tambien en todos los demas bienes del deudor, ahora sea el tributo ó derecho Real ó personal (4). Asimismo tiene tácita hipoteca el fisco en los bienes de los que contratan con él, ó cobran y arriendan los derechos Reales, ó administran sus cosas desde el dia del contrato, ó desde el en que tomaron la administracion, pero no en los bienes de las mugeres de ellos, ni en su dote (5).

La iglesia tiene tácita hipoteca por los diezmos en las cosas de que se deben (6), y tambien en los bienes de su administrador por la administracion de sus cosas desde que la empezó á usar; mas no en los bienes de los que contraen (7). La tienen tambien los hospitales en los bienes de sus administradores desde que comenzaren á administrar sus rentas.

(1) Curia Filíp., cap. 3. ya citado.

(*) Empeñándose ó hipotecándose el título ó escritura de la cosa se tiene esta en derecho por empeñada ó hipotecada, aunque no se esprese. L. 14. tít. 13. Part. 5.

(2) L. 5. tít. 13. Part. 5.

(3) L. 8. tít. 18. lib. 9. Rec.

(4) L. 25. tít. 13. Part. 5.

(5) Ll. 23. y 25. tít. 13. Part. 5.

(6) L. 26. tít. 20. Part. 1.

(7) Curia Filíp., cap. 3. ya citado.

El menor de edad y sus herederos por razon de sus bienes tienen tácita hipoteca en los de su tutor y curador, y sus fiadores y herederos, y personas que por ellos administraren la tutela; y tiene lugar aun en los bienes dotales de la madre ó abuela tutora, y en el tutor y curador *ad litem*, mas no en los bienes del procurador ó actor, ni en los bienes del magistrado que nombró el curador. Ni en los bienes del menor tiene tácita hipoteca el curador por los alimentos y otras espensas necesarias que haga (1).

Si la muger viuda que siendo tutora ó curadora de sus hijos se casare otra vez, desde entonces los bienes de ella y los del con quien casare quedan obligados tácitamente á sus hijos por los suyos hasta que se les dé tutor ó curador, rindiendo cuentas de la administracion (2); y asi, para evadirse de esta obligacion el segundo marido, antes de casarse haga que se les dé curador, y se les dé cuenta con pago de sus bienes.

Tambien tienen tácita hipoteca el marido por la dote que le es prometida con la muger en los bienes del que la promete desde que hace la promesa, y la misma tiene la muger por su dote en los bienes del marido desde que la recibe (3), y lo mismo es por los bienes parafernales que fuera de la dote recibe de ella (4). Del mismo modo tiene tácita hipoteca la muger en los bienes del marido por las arras y donacion *propter nuptias* desde que se constituyen.

Si el marido ó la muger muriere, si el que de los dos queda vivo se vuelve á casar, desde entonces sus bienes quedan obligados tácitamente á los hijos del primer matri-

(1) Ll. 23. tít. 13. Part. 5., y 8. tít. 16. Part. 6.
(2) L. 26. tít. 13. Part. 5.
(3) L. 23. tít. 13. Part. 5.
(4) L. 17. tít. 11. Part. 4.

monio por los bienes que conforme á derecho debe reservarles (1).

El legatario por el legado ó manda que le es dejado tiene tácita hipoteca en los bienes del que recibe la herencia, y asimismo la tiene el que da alguna cantidad para faccion, armazon ó refaccion de nave, casa ú otro edificio, convirtiéndose en esto, y constando de ello (2).

Finalmente, tiene tácita hipoteca la deuda que procede de alquiler de casa ó daño hecho en ella en los bienes del alquilador (3).

TÍTULO XVII.

DE LAS PROMESAS Ú OBLIGACIONES DE PALABRAS.

Aunque por derecho de los romanos las obligaciones de palabras no se podian contraer de otra suerte que mediante estipulacion, la cual era un contrato verbal que debia estar acompañado de varias solemnidades, como eran, pregunta y respuesta cóngrua, presencia de los contrayentes, y otras aun mas escrupulosas, nuestro derecho ha simplificado estos contratos, estableciendo que no haya diferencia entre pacto, promesa y estipulacion, y que derivándose semejantes obligaciones y tomando su fuerza del consentimiento de las partes, quede siempre obligado á cumplir lo que prometió cualquiera que parezca que quiso obligarse, sin que pueda oponerse que no intervino estipulacion, ó que la promesa se hizo entre ausentes ó sin autoridad de escribano (4).

Es, pues, el pacto ó promesa *un contrato, por el cual*

(1) L. 26. tít. 13. Part. 5.

(2) La misma ley 26.

(3) L. 5. tít. 8. Part. 5.

(4) L. 2. tít. 16. lib. 5. de la Rec., que corrige y deroga la 2. tít. 11. Part. 5.

una persona promete á otra que le ha de dar ó hacer alguna cosa, en que convienen con intencion de obligarse (1). Para que el promitente quede obligado al cumplimiento de lo que ofrece, aun atendido nuestro derecho, se requiere que prometa asertiva y no ambiguamente, y que se nombre con claridad lo que se promete dar ó hacer, de suerte que quede perfecta la obligacion por medio de las palabras. Con estas condiciones quedará obligado eficazmente á cumplir lo pactado, pues de lo contrario será simple dicho ó mera conversacion, la que no induce obligacion por faltar la voluntad de obligarse (*).

Segun lo dicho puede hacerse la promesa estando presentes promitente y aceptante, aunque no hablen un mismo idioma, con tal que se entiendan; y si no estan presentes, con tal que el promitente se obligue por carta firmada ó por mensagero cierto; y siempre valdrá aunque sea por deuda agena, y estará obligado á pagarla (2).

Las promesas pueden hacerse puramente, bajo de condicion, ó á dia cierto; la cual division es clara, segun lo ya esplicado en el título de los legados y de las instituciones de herederos (3).

Veamos ahora los axiomas que nacen de esta diversidad de promesas. 1.º *Cuando se promete puramente, se debe y se puede pedir lo prometido luego al punto; pero si la promesa se hiciere bajo de condicion, no se podrá pedir, ni*

(1) L. 1. tít. 11. Part. 5.

(*) No obstante lo dicho, es corriente que para que uno quede obligado no se requieren palabras formales y espresas de promesa, sino que basta que sean equivalentes, y que parezca que quiso obligarse; y asi aun la ley 2. tít. 11. Part. 5., que maneja este contrato segun la escrupulosidad de los romanos, afirma: que si uno siendo preguntado si quiere dar ó hacer alguna cosa, responde: ¿*por qué nó* queda obligado como si dijese: *prometo.*

(2) Ll. 1. 2. y 3. tít. 11. Part. 5., y 2. tít. 16. lib. 5. Rec.

(3) L. 12. tít. 11. Part. 5.

habrá obligacion de pagar hasta que se cumpla la condicion puesta (1). La razon es clara, porque la condicion suspende el cumplimiento de lo pactado hasta cierto evento, y asi donde no hay condicion tampoco se puede suspender el efecto de la promesa. Con todo, la primera parte del axioma se debe entender civilmente, y asi queda al arbitrio del juez señalar hasta cuándo podrá cumplir su promesa el que la hizo puramente, pues la razon dicta que se le debe dar algun tiempo para que busque la cosa que ha de entregar (2).

2.° *La condicion imposible vicia la estipulacion* (3). La razon ya la hemos dado en otra parte, porque el que consiente en semejante condicion, ó está loco, ó se burla.

3.° *Si la condicion imposible fuere negativa, v. gr., te prometo cien pesos si no tocares el cielo con la mano, la promesa se resuelve en pura, y se debe cumplir como tal* (4). La razon es, porque semejante condicion es imaginaria, pues atendido lo que naturalmente sucede, ningun hombre puede llegar al cielo con la mano, y asi es lo mismo que si se hubiese prometido sin condicion.

4.° *Cuando se promete á dia cierto, ni se debe ni se puede pedir lo prometido hasta que llegue el dia señalado* (5). Este dia se entiende cierto y señalado al fin de cada año, cuando se promete dar ó hacer alguna cosa *cada año*; y se deberá cumplir al principio del año, cuando se prometió darla ó hacerla todos los años de su vida (6).

5.° *El dia incierto, del cual no se sabe si llegará, equi-*

(1) L. 12. v la tercera manera de promision, y ley 14. del mismo tít.
(2) L. 13. al princ., tít. 11. Part. 5.
(3) Véase á Gregorio Lopez en la ley 17. tít. 11. Part. 5. v. *si no tangeres* n. 2.
(4) L. 17. tít 11. Part 5.
(5) Ll. 12. y 17. tit 11. Part. 5.
(6) L. 15. del mismo tít.

vale á condicion. La razon es, porque del mismo modo se suspende la cosa por este evento incierto, que si se hubiera prometido bajo de condicion, y asi ninguna diferencia hay si yo digo á otro: te daré cien pesos el dia que te hagan presidente, que si dijese: te daré cien pesos si te hicieren presidente.

6.° *La condicion negativa suspende el efecto de la promesa hasta la muerte*; v. gr., si yo dijere á Ticio te daré cien pesos si no contrajeres matrimonio: en este caso nada recibirá mientras viva, porque hasta su muerte no se verifica que nunca contrajo matrimonio. En los legados se procede de otra suerte, en virtud de la caucion Muciana; pero ésta no tiene lugar en los contratos.

7.° *En la promesa condicional se transmite la esperanza á los herederos* (1); y asi, si se me ha prometido dar ó hacer alguna cosa, si tal nave viniere de la Habana á Cádiz, y muero antes que se cumpla esta condicion, mis herederos, si se cumpliere, la podrán pedir (2). Al contrario sucede en los legados, porque el legatario antes de la muerte del testador no tiene derecho adquirido que pueda transmitir á los herederos; mas el estipulante lo tiene fundado en el consentimiento.

De cualquiera cosa que uno tenga suya y haya costumbre de enagenarse, ya sea mueble ó raiz, v. gr., vestidos, alhajas de plata, oro ó diamantes, tierras, casas, viñas nacidas ó por nacer, v. gr., frutos, partos de siervas ó de ganados, se puede hacer promesa válidamente, aunque sea de lo no nacido, con tal que se espere que haya de nacer, pues de lo contrario no será válida, si no es que el no nacer provenga de culpa del promitente (3).

(1) L. 14. tít. 11. Part. 5.
(2) Dicha ley 14.
(3) L. 20. tít. 11. Part. 5.

Para que la promesa sea válida la ha de hacer el promitente de su libre y espontánea voluntad, sin que incluya vicio de usura, ni por otra parte sea contra derecho, ó buenas costumbres, porque si lo fuere, ó interviene dolo, fuerza, miedo grave ú obligacion de pagar el promitente mas de lo que recibe, no valdrá aunque en ella interponga pena ó juramento (1). Mas si el promitente practica voluntariamente lo que ofreció, no puede alegar que intervino miedo, fuerza ni engaño para hacerlo, antes bien por el mismo hecho pierde la accion que á ello tenia (2).

Siempre que se hacen promesas ó pactos, puede ponerse por los contrayentes alguna pena para que mas ciertamente se cumplan. Esta pena puede ser, ó convencional, ó judicial. Convencional se llama la que se pone á arbitrio de las partes, y debe satisfacerse si no se cumple la promesa al tiempo que se señaló; y en caso de no haberse señalado, habiendo pasado todo aquel que se juzgue suficiente para que el promitente pudiese cumplir si quisiere; pero en estos casos queda á arbitrio del acreedor, ó exigir la pena, ó el cumplimiento de la promesa (3). La pena judicial es la que se impone sobre promesa hecha en juicio; v. gr., cuando uno fia á otro ante el juez que estará á derecho con su contrario, ó que lo hará comparecer en juicio bajo de cierta pena (4).

Aunque la promesa no valga se debe pagar la pena impuesta segun derecho (5), si no es que la nulidad de la promesa ó su defecto de valor provenga de ser hecha con-

(1) Ll. 28. y 31. tít. 11. Part. 5., 1. tít. 10., y 7. tít. 33. Part. 7., y 2. tít. 16. lib. 5. de la Rec.

(2) L. 28. tít. 11. Part. 5.

(3) L. 35. tít. 11. Part. 5.

(4) L. 36. tít. 11. Part. 5.

(5) L. 38. al principio, tít. 11. Part. 5.

tra ley ó buenas costumbres (1), ó sobre matrimonio (2), ó por ser usuraria (3), ó por ser hecha por miedo, fuerza ó engaño (4).

TÍTULO XVIII.

DE LA OBLIGACION CORREAL.

No solo uno, sino tambien muchos pueden recibir promesas hechas á su favor, ó hacerlas ellos á otro: de suerte que hay casos en que dos ó mas prometen á uno, ó este uno promete á dos ó mas, y esta es la que llamamos obligacion correal.

Esta materia, que parece bastantemente oscura, se hará clara si atendemos á una regla, y consiguientemente á su escepcion.

La regla es esta: *cuando dos ó mas personas se obligan, cada una queda obligada á prorata; y si se promete á dos ó mas, á cada una se le debe á prorata* (5); v. gr., si Ticio y yo prometimos cien pesos, cada uno debemos cincuenta; y si á Ticio y á mí se nos promete la misma cantidad, á cada uno se nos deben cincuenta. Es decir, que la obligacion hecha á muchos, ó hecha por muchos, se tiene por dividida (6).

De esta regla se esceptúa la obligacion correal; y asi, si dos prometen la misma cosa á uno ó á muchos, de tal suerte que cada uno consienta en quedar obligado por el todo, será legítima la obligacion, y se llamarán *correos de prometer*. Del mismo modo, si se promete á muchos á un

(1) Dicha ley 38.
(2) L. 39.
(3) L. 40. tít. 11. Part. 5.
(4) L. 28. dicho tít. y Part.
(5) L. 1. en el princ., tít. 16. lib. 5. Rec., y ley 10. tít. 12. Part. 5.
(6) Dichas leyes.

tiempo una misma cosa, de tal suerte que el promitente se obligue á cada uno por el todo, valdrá tambien su obligacion, y se llamarán *correos de estipular* (1).

Veamos ahora los efectos que produce semejante obligacion. El 1.° es, que cada uno de los correos queda obligado por toda la cantidad prometida, de suerte que no tiene necesidad el acreedor de reconvenirlos á todos, sino que tiene arbitrio para dirigir su accion contra cualquiera de ellos, y hacer que le pague toda la cantidad (2). El 2.° efecto es, que pagando el uno de ellos se libran los demas, aunque cada uno deba el todo (3). La razon es, porque habiendo conseguido el acreedor todo lo que se le debia, no tiene ya accion para cobrar otra cosa. 3.° Que semejantes correos no gozan del beneficio de division, aun cuando no lo hayan renunciando espresamente, ni las leyes que favorecen á los deudores (4).

TÍTULO XIX.

DE LAS PROMESAS DE LOS SIERVOS.

En este título no se trata cosa que no se haya esplicado ya en otra parte. Por derecho de Partidas todo lo que el siervo adquiria de cualquier manera que fuese, lo adquiria para su señor como una accesion ó aumento de su cosa, en cuya clase se contaban los siervos por derecho civil (5).

(1) L. 1. en el medio, tít. 16. lib. 5. Rec.
(2) Dicha ley 1. tít. 16. lib. 5. Rec.
(3) L. 8. tít. 12. Part. 5.
(4) L. 1. tít. 16. lib. 5. Rec., y ley 10. tít. 12. Part. 6.
(5) L. 7. tít. 21. Part. 4.

TÍTULO XX.

DE LA DIVISION DE LAS ESTIPULACIONES.

A este título nada corresponde por nuestro derecho, y lo que se le podia sustituir está ya esplicado en los titulos anteriores, ó se esplicará en el siguiente. Hemos dividido ya las promesas en puras, á dia cierto, ó bajo de condicion: éstas ó son válidas, de las que hemos tratado, ó inútiles, las que veremos luego.

TÍTULO XXI.

DE LAS PROMESAS INÚTILES.

Las promesas ó pactos serán inútiles ó carecerán de efecto por tres causas: 1.ª Por las personas de los contrayentes, si éstas no se pueden obligar. 2.ª Por razon de las cosas acerca de las cuales se versa la promesa ó pacto, como si éstas, v. gr., estan fuera del comercio, ó no estan sujetas á la disposicion de los contrayentes. 3.ª Por el modo ó forma del pacto.

Por razon de las personas entre quienes se pacta ó se hace la promesa sirva de regla el axioma siguiente: *todos aquellos que no pueden consentir son incapaces de pactar ó prometer*. De aqui se infiere: 1.º Que no vale la promesa hecha por los infantes, furiosos, locos ó mentecatos, ni por los sordos y mudos juntamente (1), todos los cuales ni pueden hacer promesas, ni recibirlas de otros por falta de consentimiento. 2.º Los pupilos mayores de siete años pueden aceptar promesas sin autoridad del tutor ó curador,

(1) L. 4. tit. 34. Part. 7.

pero no prometer (1). La razon es, porque cuando prometen se obligan, y asi hacen peor su condicion. Por el contrario, cuando aceptan promesas obligan á otros, por lo cual hacen mejor su condicion. 3.° Tampoco vale la promesa hecha por el pródigo á quien se ha prohibido la administracion de sus bienes, por estar equiparado en derecho al furioso (2). Finalmente, no vale pacto alguno celebrado por la muger casada sin licencia de su marido, ó del juez por su falta ó renuencia, ni entre padre é hijo, á no ser que se haga de los bienes castrenses ó cuasi castrenses (3).

Por razon de las cosas no es válida la promesa cuando se hace: 1.° De todo aquello que no está en el comercio, v. gr., los templos, las plazas públicas &c. 2.° Cuando es cosa que ni existe ni puede existir; pero si se prometen los frutos de una heredad que estan todavia por nacer, es válida la promesa (4). 3.° La cosa que es ya nuestra inútilmente se nos prometerá, pues ya no se nos puede dar ni hacerse mas nuestra. 4.° Es inútil la promesa de cosa torpe, ó contra ley ó buenas costumbres, ó de otra manera imposible (5). 5.° Por lo que hace á la promesa de hecho ageno, valdrá segun parezca que quiso obligarse el promitente, esto es, á dar ó hacer en defecto del otro, ó solamente á procurar que el otro dé ó haga (6).

Por razon del modo de contraerse la obligacion, no teniéndose consideracion por nuestro derecho á otra cosa que á la voluntad de obligarse, valdrá aunque sea en favor de otros, ó entre ausentes, y aunque se responda por mayor



(1) L. 4. tít. 11. Part. 5.
(2) L. 5. tít. 11. Part 5.
(3) Ll. 2. 3. 4. y 5. tit. 3. lib. 5. Rec., y 6. tít. 11. Part. 5.
(4) L. 20. tít. 11. Part. 5.
(5) L. 38.
(6) Ll. 11. tit. 11. Part. 5., y 2. tít. 16. lib. 5. Rec.

ó menor cantidad de la que se pide; y solo será inútil por la ambigüedad de las palabras, ó por otro motivo por el cual no parezca la voluntad de obligarse (1).

TÍTULO XXII.

DE LAS FIANZAS Y FIADORES.

La fianza es *un contrato por el cual una persona se obliga á pagar la deuda ó á cumplir la obligacion de otra*; y fiador se llama aquel que da su fé y seguridad, prometiendo á otro hacer ó pagar alguna cosa, por ruego ó mandato del que le mete en la fianza (2).

De las definiciones dadas nacen los siguientes axiomas, que aclaran casi cuanto hay que decir sobre esta materia. 1.° *La fianza es un contrato que se perfecciona por el consentimiento* (3). 2.° *La fianza es un negocio civil y propio de solos los hombres* (4). 3.° *La fianza es un contrato accesorio*, pues ha sido inventado para seguridad del acreedor, el que no queda defraudado en el caso de que el deudor principal no tenga con que pagar (5).

Veamos ahora quiénes pueden ser ó nó fiadores. Segun el primer axioma pueden serlo todos los que pueden prometer, y por la promesa quedar natural y civilmente obligados. Se sigue, pues, que son incapaces los infantes, furiosos, mentecatos, sordos y mudos que no entienden lo que hacen; los pródigos, que se equiparan á los furiosos, los pupilos y demas menores sin licencia de su padre ó curador (6).

(1) L. 2. tít. 11. Part. 5.
(2) L. 1. tít. 12. Part. 5.
(3) Arg. de la ley 2. tít. 16. lib. 5. Rec.
(4) L. 2. tít. 12. Part. 5.
(5) L. 5. tít. 12. Part. 5.
(6) Arg. de la ley 1. tít. 12. Part. 5.

Atendido el segundo axioma no pueden ser fiadores los obispos, religiosos, clérigos reglares, ni los caballeros ó soldados que estan en el real servicio, especialmente de recaudadores de rentas reales, ni los siervos, á menos que tengan peculio, y en este caso podrán serlo hasta en su importe y nada mas (1). Los clérigos seculares ordenados *in sacris* solo pueden fiar á otros clérigos, á iglesias, ó á personas miserables (2). Del mismo axioma se deduce que las mugeres no pueden ser fiadoras, y se lo prohibe espresamente el derecho, asi en consideracion al decoro de su sexo, como tambien al peligro á que se espondrian de verse reducidas á pobreza por algunas fianzas incautas (3). Mas si la muger otorgare la fianza, será válida en los casos siguientes: 1.º Por causa de libertad, v. gr., fiando á un esclavo por el precio de su rescate. 2.º Por razon de dote, v. gr., si la ofrece á otra muger para casarse. 3.º Si sabiendo que la está prohibido ser fiadora, y estando cerciorada del auxilio del derecho, fia no obstante, renunciándolo de su espontánea voluntad. 4.º Si subsiste en la fianza dos años, y despues de cumplidos la renova, ó entrega prenda al acreedor para la seguridad del débito (4). 5.º Si recibe precio por ser fiadora. 6.º Si se viste de varon ó hace otro engaño para que la admitan por tal, creyendo que es varon. 7.º Si fia por su hecho propio, v. gr., á quien la fió, ó por su utilidad, ó en otra manera semejante. 8.º Si es instituida por heredera de los bienes del que fió (5). 9.º Por rentas reales; y se advierte que si algun casado las toma en arrendamiento, ó quiere fiar al arrendador de ellas, no debe ser admitido sin que su muger se obligue en el con-

(1) L. 2. tít. 12. Part. 5.

(2) L. 45. tít. 6 Part. 1.

(3) L. 2. tít. 12. Part. 5. al fin.

(4) En este caso se presume que la fianza cede en su utilidad.

(5) Véase la ley 3. tít. 12. Part. 5.

trato y renuncie el privilegio é hipoteca que tiene en los bienes de su marido (1), pues como la dote y fisco corren pariedad en el privilegio, el que es primero en tiempo, lo es regularmente en derecho.

Aunque hemos dicho que vale la fianza hecha por la muger cuando renuncia espresamente su privilegio, esto no se entiende para que pueda ser fiadora por su marido si fuese casada, ni juntamente con él, pues se declara nula semejante obligacion (2).

Segun el tercer axioma pueden darse fiadores para toda especie de contratos y obligaciones, aunque sean puramente naturales y destituidas de todo efecto civil. De esta suerte puede acontecer que el principal deudor no quede obligado civilmente, y sí el fiador, v. gr., si uno se constituyó fiador por un siervo que no tiene peculio (3). Se esceptúa el caso en que las leyes anulan la obligacion del deudor principal, como sucede en la fianza de las mugeres; y asi si uno saliese de fiador por una muger que otorgase fianza fuera de los casos permitidos por derecho, no quedaria obligado, por estar dicha fianza reprobada por las leyes. Con mayor razon no valdria la obligacion que hiciese el fiador de un hijo de familias ó menor que comprase ó sacase al fiado alguna cantidad sin licencia de su padre ó curador, pues está declarada por de ningun valor semejante obligacion, y cualesquiera contratos, fianzas, seguridad y mancomunidad que sobre ella se hiciere, con cualesquiera clausulas y firmezas (4).

Del mismo axioma se deduce que el fiador no puede obligarse á mas que el deudor principal (*), pues seria

(1) L. 27. §. 5. tít. 11. lib. 9. de la Rec.
(2) L. 9. tít. 3. lib. 5. Rec., que es la 61. de Toro.
(3) L. 5. tít. 12. Part. 5.
(4) L. 22. tít. 11. lib. 5. de la Rec.
(*) Esto no impide que el fiador pueda obligarse mas que el deu-

cosa ridícula que yo debiese cien pesos y mi fiador quedase obligado por doscientos, siendo constante que lo accesorio debe seguir en todo á lo principal. Segun lo dicho será nula la fianza en que el fiador se obligue á mas que el principal; pero no en todo, sino solo en el esceso. Este puede ser de cuatro maneras: por cantidad, por razon de lugar, por tiempo, y por razon de algun nuevo gravámen añadido á la obligacion. Se obligará en mas del primer modo, cuando se obligue el fiador á pagar mas cantidad que la que debe el principal. Del segundo, cuando estando obligado el deudor á pagar en lugar determinado, el fiador se obligase en otro que le fuese mas gravoso. Del tercer modo, cuando el fiador se obligase á pagar dentro de mas breve tiempo que el que debia el principal. Y del cuarto, cuando el fiador prometiere pagar puramente, debiendo el principal bajo de condicion (1). Verdad es que atendida la ley de la Recopilacion, que establece que quede uno obligado de cualquier modo que parezca que intentó obligarse (2), no habrá dificultad en decir que si el fiador sabia y entendia que se obligaba á mas que el principal y asi fue su voluntad otorgar la fianza, valdrá la obligacion y tendrá fuerza en todo aquello que parezca que quiso obligarse; pero no si por ignorancia ó equivocacion se obligó á mas.

Resta hablar de los efectos de la fianza. El principal de ellos es quedar el fiador obligado á pagar no haciéndolo el deudor en el tiempo que debia (3). Pero para proceder con claridad en este punto, es menester distinguir varios modos

dor principal, ó quedar mas fuertemente obligado; y asi, segun deciamos poco antes, el deudor puede estar obligado solo naturalmente, y el fiador natural y civilmente: puedo yo estar obligado en virtud de escritura, y mi fiador dar prenda para mayor seguridad.

(1) L. 7. tít. 12. Part. 5.

(2) L. 2. tít. 16. lib. 5. Rec.

(3) L. 8. tít. 12. Part. 5.

con que pueden obligarse los fiadores. Pueden constituir su obligacion simplemente, esto es, á prorata, ó cada uno por el todo, como fiadores ó como principales pagadores. Si se obligan simplemente como fiadores, quedarán obligados á pagar á proporcion la parte que les toque; y si se obligan por el todo, puede el acreedor dirigir su accion contra el que quisiere por el todo, ó á prorata á su eleccion, y pagándole uno íntegramente su débito, quedan libres para con él los demas; pero si alguno ó algunos son pobres, es de cargo de sus confiadores la total solucion de la deuda (1).

Mas aunque los fiadores se obliguen simplemente, si renuncian el beneficio de la division, que consiste en que la satisfaccion de la deuda se divida entre todos á prorata, quedarán obligados por el todo como si espresamente se hubieran obligado asi (2). Pero no obstante que renuncien el tal privilegio, no podrán ser reconvenidos antes que el deudor principal, sino en varios casos que se individualizarán. 1.º Cuando renuncian tambien el beneficio de la escusion, pues entonces no necesita el acreedor hacer constar para demandarlos que el deudor no tiene bienes. 2.º Cuando éste es notoriamente pobre, pues entonces deben absolutamente pagar por él. 3.º Cuando el deudor está fuera del lugar; pero en este caso si piden término al juez para presentarlo se les concederá, y no presentándolo dentro de él pueden ser compelidos á pagar segun se hayan obligado. 4.º Cuando niegan maliciosamente la fianza, y se les convence de haberla otorgado. 5.º Cuando no oponen la escepcion de la escusion antes de la contestacion. 6.º Cuando el deudor principal no puede ser reconvenido fácilmente por

(1) Ll. 8. y 10. tít. 12. Part. 5.

(2) Gregorio Lopez en la ley 8. tít. 12. Part. 5. Febr., librería de escrib., cap. 4. §. 5. n. 127.

razon de su persona, lugar ó privilegio, y algunos otros que trae Febrero (1).

Si se obligan como principales pagadores, haciendo suya propia la deuda agena, consintiendo ser demandados primero que el deudor principal, y renunciando el beneficio de la escusion en sus bienes, pueden ser reconvenidos á prorata antes que él, segun se obligaron, porque su fianza en este caso se eleva á obligacion principal; y por el todo cada uno, si renuncian tambien el de la division, ó se obligan de mancomun por el todo *in solidum*, pues el pacto se ha de observar no habiendo dolo, ni siendo contra ley y buenas costumbres, y el hombre á cuanto se obliga á tanto queda obligado (2).

Los beneficios que competen á los fiadores, y de que ya hemos hecho mencion, son tres: 1.º El beneficio de *division*: 2.º *el de órden ó de escusion*; y 3.º el de *cesion de acciones*. El beneficio de la division tiene lugar cuando muchos se constituyeron fiadores por uno: entonces si todos tienen con que pagar no estará obligado uno solo á pagar el todo, sino que cada uno pagará á prorata la parte que le toque (3). El beneficio de órden ó de escusion se diferencia bastante del anterior, pues con éste intentan los fiadores no ser reconvenidos sin que se haya hecho escusion en los bienes del deudor, esto es, sin que primero se embarguen y vendan sus bienes, y se vea que no alcanzan á pagar la deuda.

El tercer beneficio es que el fiador no esté obligado á pagar sin que primero el acreedor le ceda los derechos y acciones que le competen contra el deudor. Debe, pues, el acreedor ceder sus derechos y acciones, ya sean personales, reales ó hipotecarias; y asimismo dar poder al fiador para

(1) L. 9 tít. 12. Part. 5. Febr., libr. de escrib., cap. 4. §. 5. n. 127.
(2) L. 2. tít. 16. lib. 5. Rec.
(3) L. 10. tít. 12. Part. 5.

exigir del deudor principal y demas fiadores lo que pagó por ellos, á lo cual llaman *carta de lasto* (1); y tambien entregarle todos los títulos de legitimidad del crédito, para que con ellos se haga dueño de él, y quede subrogado en las acciones, y en su prelacion y seguridades; porque si no lo hace, no podrá repetir contra los otros fiadores, por obstarle la escepcion de la falta de cesion. No debe, pues, el fiador ser compelido á pagar hasta que se le dé el lasto, no obstante que esté condenado al pago por ejecutoria. Pero no aprovechará este beneficio al que lo renuncia, y asi solo podrá repetir contra el deudor principal, como que paga por él, é hizo su negocio.

Para que se entienda mejor el tiempo y modo con que el fiador ha de pedir el lasto al acreedor, es menester distinguir tres diversas maneras con que se puede hacer la paga. La primera es, satisfaciendo el fiador simplemente la deuda sin espresar por quién la satisface, si por el deudor principal, ó por sí como tal fiador. Si hace la paga simplemente, es preciso que en el acto de la entrega pida el lasto al acreedor, y si entonces no lo hace, no puede pedírselo despues, si no es que antes pactasen que se lo habia de dar. Y la razon es, porque en este caso se infiere que pagó por el principal, y asi solo tendrá contra éste el regreso por la accion *negotiorum gestorum*. Si hace la paga por el deudor principal le competirá únicamente contra él la accion por la razon espuesta; y asi en este caso no debe el acreedor darle lasto contra los demas fiadores, porque por la paga espira todo el derecho que contra ellos tiene, y es lo mismo que si el deudor pagara por su mano. Finalmente, si la hace por sí como tal fiador, puede compeler al acreedor á que le dé lasto para demandar con él toda la deuda al principal obligado, ó á prorata á los demas fiadores de

(1) L. 11. tít. 12. Part. 5.

la misma cantidad, á su arbitrio, porque en virtud del lasto sucede en el lugar y prelacion del acreedor, y adquiere la deuda como casi comprador de ella. Si dirige su accion contra los otros fiadores, le queda la de repetir por su parte contra el deudor, y pagando de esta manera puede en todos tiempos compeler al acreedor á que le dé el lasto, porque mientras no está reintegrado no se estingue ni espira la obligacion principal, y asi debe gozar del beneficio de la cesion de acciones (1).

TÍTULO XXIII.

DE LAS OBLIGACIONES DE LETRAS.

Hemos esplicado ya todo lo perteneciente á los contratos que antiguamente se perfeccionaban por palabras: síguese ahora el que se llama *de letras*, por tomar su fuerza de solas ellas, aunque el que las escribió nada haya recibido. Esta obligacion decimos que es *un contrato por el cual el que confiesa por medio de un vale ú otro instrumento que ha recibido cierta cantidad por causa de mútuo, y no lo ha retractado en el espacio de dos años, queda obligado en fuerza de dichas letras, y puede ser reconvenido al pago, aunque no haya recibido el dinero que se menciona* (2).

Podemos, pues, reducir esta materia á tres axiomas. 1.º *El fundamento de esta obligacion son solas las letras no retractadas dentro de dos años.* La razon es, porque no es creible que haya hombre tan descuidado que deje en manos del acreedor por tanto tiempo el vale ó recibo que le habia otorgado con la esperenza de que le entregaria el dinero que necesitaba. Si se verificare, pues, una tan larga negligencia, justamente debe dañar al deudor, por haber

(1) Ll. 11. tít. 12., y 45. tít. 13. Part. 5.
(2) L. 9. tít. 1. Part. 5.

presuncion vehemente de que recibió el dinero.

2.° *Esta obligacion solo tiene lugar en causa de mútuo.* La razon es muy clara. El hombre que busca dinero á mútuo, por lo comun se halla urgido de la necesidad, y procura por todos medios dar gusto al acreedor para inducirlo al préstamo, lo cual no sucede en los demas contratos: es, pues, muy fácil que el mutuario se deje persuadir á dar el recibo ó instrumento antes de recibir la cantidad que solicita.

3.° *Del instrumento ó vale, dado y no retractado, nace la accion de este contrato, aunque el autor de las letras no haya recibido la cantidad de que se hace relacion, por tener lugar la presuncion ya dicha.*

Del primer axioma se colige: 1.° Que antes de los dos años no nace la accion de este contrato en virtud de las letras dadas. Nace, sí, accion de mútuo; pero entonces debe probar el actor que lo dió. Nace tambien accion en virtud del instrumento; pero ésta la destruye el reo fácilmente, oponiendo la escepcion de la *non numerata pecunia.* Pero la verdadera accion del contrato de letras, que escluye toda escepcion, no compete sino hasta pasados los dos años. 2.° Que el autor del instrumento puede y debe repetirlo dentro de los dos años siguientes al dia de su otorgamiento. Esto lo debe hacer presentándose al juez, pidiéndole mande al que tenga sus letras de recibo se las devuelva, en atencion á que no le quiere entregar la cantidad de que en ellas se daba por recibido (1). Mas esta queja, y cualesquiera protestas del reo, no tendrán lugar siempre que de otro modo aparezca que verdaderamente se hizo la entrega, como si el acreedor mostrase alguna carta posterior al instrumento en que el acreedor asegura que recibió el dinero, ó si la entrega se hizo ante testigos.

(1) L. 9. en el medio, tít. 1. Part. 5.

Aunque nuestro derecho dice que pasados los dos años sin quejarse el mutuario, ni pedir sus letras, queda obligado á pagar la cantidad de que se da por entregado en ellas, con todo, en la práctica, atendida la equidad, se admite todavía la escepcion de la *non numerata pecunia*, siempre que el reo se obligue á probarla. Y de aqui infieren nuestros autores prácticos, que aun siendo tan recomendable el instrumento que tiene la cláusula guarentigia (*), pues trae aparejada ejecucion, no obstante, si no han pasado los dos prefinidos para oponer la escepcion sobredicha, contados desde la fecha del vale, ó de hecho el préstamo, oponiéndola en el acto del reconocimiento, no se debe despachar ejecucion en virtud de él.

Pero si han pasado los dos años, se ha de despachar precisamente la ejecucion, no obstante que en el acto del reconocimiento oponga la referida escepcion, pues la circunstancia del transcurso de los dos años sin oponerla, ó pedir la entrega del vale, produce el efecto de tocar al reo la prueba de no habérsele entregado, en pena de su omision y silencio. Lo mismo se deberia decir cuando confesase llanamente la deuda, y despues del acto del reconocimiento quisiese oponer la escepcion, pues no es admisible alguna contra la confesion judicial pura, sino que se deberá despachar la ejecucion, y tambien cuando en el vale la renunció espresamente, aunque lo reconozca antes de los dos años. Mas en dichos casos, aunque la ejecucion se lle-

(*) Esta voz *guarentigia* es italiana, y significa *firmeza*, *seguridad*. Se reduce, pues, la cláusula llamada *guarentigia* á dar el otorgante poder á todos los jueces que del contrato que se habia deben conocer, para que le apremien á su cumplimiento como por sentencia definitiva de juez competente, consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada. Esta cláusula tiene tanta fuerza, porque la cosa juzgada se tiene absolutamente por verdadera; y asi queda él obligado sin recurso alguno temporal que le exima de cumplir la obligacion contraida, y por lo mismo debe ser compelido á ello.

ve adelante, no se seguirá perjuicio al reo, siempre que pueda probar su escepcion dentro de los diez dias concedidos por derecho en el juicio ejecutivo (1); y si no pudiese en tan corto tiempo, deberá hacer el pago, y luego en via ordinaria se le oirá, y probándola en ésta, tendrá el acreedor que restituir lo percibido (2).

TÍTULO XXIV.

DE LOS CONTRATOS CONSENSUALES.

La última especie de contratos nominados es de los que se llaman consensuales, los cuales no tienen este nombre porque en ellos se requiere el consentimiento de los contrayentes; de esta suerte deberiamos decir que todos los contratos eran consensuales, pues ninguno se puede verificar sin consentimiento. Llámanse, pues, asi, porque subsisten y tienen todo su vigor por solo el mútuo consentimiento, y asi en ellos nace la obligacion luego al punto que se convinieron las partes; v. gr., entre el comprador y vendedor luego que convienen en la cosa; y en el precio nace la accion de compra y venta, porque este contrato se perfecciona por solo el consentimiento. Por el contrario, entre el mutuante y mutuario mientras no se entrega la cosa fungible no nace la accion de mútuo, aunque aquel haya prometido darla, porque este contrato es de los que se perfeccionan por la tradicion de la cosa.

Estos contratos tienen algunas cosas particulares. Primeramente todos son bilaterales, y asi producen accion por una y otra parte; v. gr., de compra y venta, de locacion

(1) Ll. 2. 3. y 19. tít. 21. lib. 4. de la Rec.

(2) Véase sobre este punto á Febrer., juicio ejec. lib. 3. cap. 2. §. 1. n. 21. y sig., y §. 4. nn. 269 y 270. Gomez tomo 2. Var. resol. cap. 6. al n. 3., y á Sala en la nota al §. ún. de este tít.

conduccion, de mandato &c., ambas directas, ó una directa y otra contraria. 2.º Todos estos contratos son de buena fé por lo mismo que son bilaterales, pues en ellos estan obligados los contrayentes á prestarse mútuamente varios oficios. Segun esto se puede inferir que todos los contratos consensuales son de buena fé; pero no que todos los contratos de buena fé sean consensuales, porque el comodato, depósito y prenda son de buena fé siendo reales. 3.º Todos estos contratos se pueden celebrar entre ausentes, y de cualquier modo que se pueda manifestar el mútuo consentimiento.

Los contratos de esta naturaleza son, la compra y venta, locacion conduccion, enfitéusis, sociedad y mandato.

TÍTULO XXV.

DE LA COMPRA Y VENTA.

El primero de los contratos que se perfecciona por el consentimiento es la compra y venta, la cual es un *contrato consensual por el que convienen entre sí los contrayentes de entregar una cosa determinada por cierto precio.* (1). Este contrato, pues, se perfecciona por el nudo consentimiento de ambas partes, y se consuma por la tradicion de la cosa; pero si se transfiere ó nó el dominio, no es del caso en la compra y venta.

De esta definicion se infiere claramente cuáles sean los requisitos esenciales de este contrato. Obsérvese que en todo contrato se deben distinguir unas cosas que son *esenciales*, otras que se llaman *naturales*, y otras puramente *accidentales*. Cosas esenciales á un contrato se llaman aquellas sin las cuales no puede subsistir sin pasar á ser otra especie de negocio; v. gr., sin precio no subsiste la compra, y as-

(1) L. 1. tít. 5. Part. 5.

no habiéndolo pasa á ser donacion: la locacion no subsiste sin paga, y si falta ésta, de locacion se vuelve comodato. Luego el precio para la compra, y la paga para la locacion son esenciales, porque constituyen su esencia. Naturales á los contratos son aquellas cosas que segun las leyes debe haber en cada uno, pero por pacto de los contrayentes pueden mudarse sin perjuicio de la esencia del contrato; v. gr., en la compra quieren las leyes que el vendedor esté obligado al comprador á la eviccion (1); con todo, se puede pactar lo contrario por los contrayentes. Accidental en los contratos se dice aquello que ni está mandado por las leyes que se ponga, ni tampoco hay inconveniente en que se omita, por estar dejado enteramente á la voluntad de los contrayentes; v. gr., que el precio consista en monedas de oro ó de plata, que se pague de una vez ó por plazos; acerca de esto nada disponen las leyes, y asi en estos particulares se guardará lo pactado por los contrayentes, por ser cosas accidentales á los contratos.

Con lo esplicado hasta aqui se viene en conocimiento que tres son las cosas que constituyen la esencia de este contrato: la 1.ª el consentimiento: la 2.ª una cosa vendible; y la 3.ª el precio. Cualquiera de estas cosas que faltase dejaria de ser contrato de compra y venta (2). De estos tres requisitos trataremos en este título.

El primero es el consentimiento, el cual solo es bastante para producir obligacion, porque este contrato es consensual. Mas como en los contratos de esta naturaleza no se requiere otra cosa para su perfeccion á mas del consentimiento, de aqui es que la compra y venta estará perfecta luego que los contrayentes hayan convenido en el pre-

(1) Ll. 32. y 33. tít. 5. Part. 5.
(2) L. 1. tít. 5. Part. 5.

cio y en la cosa (1); y asi no se requieren palabras solemnes, escritura, ni aun tradicion de la cosa (2); por lo cual este contrato se puede celebrar entre ausentes, por cartas ó procuradores (3). Es verdad que el fin de la compra y venta es la tradicion de la cosa, pero ésta no es la que perfecciona el contrato, pues aun antes de que se verifique estan obligados los contrayentes; y asi la entrega es una parte de la obligacion del vendedor y un efecto de la compra. En una palabra, no diremos que hemos comprado una cosa porque se nos ha entregado, sino que la mira que hemos tenido en comprar ha sido el que se nos entregue. Mas este primer consectario admite algunas escepciones, y se dan varios casos en que con solo el consentimiento no está perfecta la compra; v. gr., si los contrayentes pactan que se haga escritura: en este caso no se tiene por perfecta la compra y venta hasta que se otorga el instrumento, y se firma por ambos (4). Si se celebra la venta bajo de alguna condicion suspensiva; v. gr., te vendo mi casa en mil pesos, si dentro de un año no hallare quien me ofrezca mas: no se perfeccionará esta venta hasta que se cumpla el año sin que resulte mejor postor (5). Si la cosa vendida es de las fungibles, y todavia no se ha contado, pesado ó medido (6). Finalmente, si fuere de aquellas cosas que se acostumbran gustar antes de comprarse, no se perfeccionará la compra antes de que se guste (7).

El segundo consectario que se deduce de lo dicho es

(1) L. 6. tít. 5. Part. 5.
(2) Arg. de las leyes 6. y 8. del dicho tít.
(3) L. 8.
(4) L. 6. tít. 5. Part. 5., y ley 3. tít. 10. lib. 3. del Fuero Real.
(5) L. 40. del mismo tít.
(6) L. 24.
(7) Dicha ley 24.

que antes de perfeccionarse el contrato será lícito á los contrayentes arrepentirse, mas estando ya perfecto de ninguna suerte, si no es por mútuo disentimiento (1). Con todo, si han intervenido arras, en el caso de que el contrato no esté perfecto, si el comprador se arrepiente, perderá las arras en castigo de su inconstancia; y si el vendedor, las restituirá dobladas por la misma causa (2).

Mas estando ya perfecto el contrato, aunque consienta el uno de los contrayentes en perder las arras, no podrá desistir de él, siempre que éstas se hayan dado por parte del precio, ó en señal de la perfeccion del contrato (3); pero si se hubiesen dado para que sirviesen de pena al que fuese inconstante, no habrá dificultad en que perdiéndolas desista el que no quiera estar á lo pactado (*).

Todo lo dicho se deduce de la naturaleza de los contratos consensuales; pero hay otros consectarios que nacen de la naturaleza del consentimiento mismo. Por consentimiento entendemos *un acto de la voluntad, con el cual aprueba una cosa cuya bondad el entendimiento conoce, y en virtud de este conocimiento se inclina la voluntad á conseguir-*

(1) L. 6. tít. 5. Part. 5.
(2) 1 l. 7. tít. 5. Part. 5., y 2. tít. 10. lib. 3. del Fuero Real.
(3) L. 7. tít. 5. Part. 5. v. Pero si cuando el comprador.
(*) Con la esplicacion dada se concilian las leyes 7. tít. 5. Part. 5., y 2. tít. 10. lib. 3. del Fuero Real, que parece convenir en que se disuelva el contrato aun estando perfecto, perdiendo las arras. Insistiendo en lo dicho, se puede responder á esta ley, lo 1.° que habla del caso en que no está perfecta la compra; á lo cual da márgen la glosa de Montalvo en la letra c. Lo 2.° que si se quiere entender de un contrato perfecto, se puede decir que las arras serian dadas como para que sirviesen de pena, y no como señal de perfeccion de la compra ó parte del precio. Véase á Hermosilla en las adiciones á la glosa 1., y especialmente de la 3. sobre la ley 7. tít. 5. Part. 5. fol. 55. Véase tambien la glosa de Alfonso Diaz de Montalvo, en la ley 2. tít. 10. del Fuero Real ya citada, principalmente en las palabras *pierda la señal que dió.*

la. De donde se deduce que impiden el consentimiento el miedo y la fuerza, el engaño y el error. Por lo que hace al miedo y fuerza, es constante en nuestro derecho que en estos casos no vale la venta ó compra (1), pues no aprobamos libremente aquello á que por fuerza ó miedo somos compelidos. Esto no obstante, hay algunos casos en los cuales pueden ser compelidos los ciudadanos á vender sus cosas por interesarse, ó la pública utilidad, ó alguna otra causa favorable. 1.° En caso de hambre puede compelerse al poseedor de granos á que los venda por un precio justo (2). 2.° En favor de la religion; v. gr., si una heredad es necesaria para la construccion de un templo ó monasterio. El 3.° en favor de la libertad; v. gr., cuando dos tienen un siervo, y uno de ellos lo quiere manumitir: en este caso el otro está obligado á vender su parte (3). Tambien puede ser compelido á vender su siervo el señor cuando lo trata con demasiado rigor, ó no le da los alimentos precisos, ó le manda hacer alguna cosa contra derecho y razon (4). Hay tambien otros casos que no añado por no ser largo.

Acerca del dolo ó engaño, qué efectos producirá en la venta, se debe distinguir: si el engañado estaba determinado á vender ó nó: si lo estaba, y solo padeció engaño en el valor ó estimacion de la cosa, subsistirá la venta, con tal que no sea en mas de la mitad del justo precio, pues si lo fuere tendrá accion el vendedor á que se le restituya la cosa, ó se le complete el precio (5). Mas si el que padeció engaño no pensaba vender, ni conocia lo que

(1) Véanse las leyes 3 y 57. tít. 5. Part 5.

(2) Véase á Febrero, cap. 7. de la librería de escribanos, §. 1. n. 17., y á Hermosilla en la ley 3. tít. 5. Part. 5. glos. 1.

(3) Ll. 2. tít. 22. Part. 4, y 3. tít. 5. Part. 5.

(4) Ll. 6. tít. 21. Part. 4., y 3. tít. 5. Part. 5.

(5) L. 5. tít. 10. lib. 3. del Fuero Real.

vendia, é ignoraba su estimacion, y solo vendió movido de las razones falsas que le sugirió el que deseaba comprar, en este caso se podrá rescindir la venta, aunque no haya sido hecha por menos de lo que vale la cosa (1).

Finalmente, el error tambien impide el consentimiento, pues si yerro en la cosa, no consiento en aquella, sino en otra que entonces se presentaba á mi imaginacion. Pero el error no es solamente de un modo: unas veces es *esencial* y otras *accidental*. Si es esencial, el contrato es nulo (2): si accidental, subsiste la compra, y se da al que erró accion para que se le restituya todo aquello que vale menos la cosa (3). Llamaremos error esencial cuando erramos en la cosa misma; v. gr., comprando laton por oro (4); ó en el cuerpo de la cosa; v. gr., por comprar á Ticio siervo, comprar á Estico (5). Será tambien sustancial el error que se versare acerca de los principales atributos de una cosa, que careciendo de ellos nos es enteramente inútil; v. gr., si compramos por sano un siervo que es loco ó tullido. Será, finalmente, accidental el error cuando erráremos en otras circunstancias de la cosa que no son de tanta entidad (6).

Hemos visto ya el primer requisito esencial para la compra y venta, que es el consentimiento: síguese el segundo, que es *la cosa vendible*. Acerca de esto sea 1.° axioma: *Todas las cosas que estan en el comercio se pueden vender, ahora existan ó haya esperanza de que existirán* (7). Segun esto, se pueden vender las cosas futuras; v. gr., los

(1) Véase la ley 57. tít. 5. Part. 5., y la ley 2. tít. 11. lib. 5. R.
(2) L. 21. tít. 5. Part. 5.
(3) Dicha ley 21.
(4) La misma ley.
(5) L. 20 del mismo tít.
(6) L. 21. tít. 5. Part. 5.
(7) L. 11. tít. 5 Part. 5.

frutos ó caza del año venidero (1), las cosas incorporales; v. gr. el derecho á una herencia (2); y aun las cosas agenas, por razon de estar en el comercio, pueden ser vendidas (3). No se quiere decir por esto que semejante venta pueda perjudicar al verdadero señor de la cosa, á quien queda su derecho á salvo para vindicar su cosa en donde quiera que la encuentre, sino porque de este contrato nace accion y obligacion entre el comprador y vendedor (*).

Puede tambien venderse la cosa que se tiene en comun con otro, satisfaciéndosele el valor de su parte, á no ser que se haya comenzado el juicio de division (4).

2.º axioma. *No pueden venderse las cosas que estan fuera del comercio.* De aqui se deduce la razon por qué no pueden venderse las cosas sagradas, si no es que se vendan como accesorias á algun territorio ó señorío (5), ó por causa de necesidad ó utilidad de la iglesia (6); ni las cosas públicas, como las calles ó plazas (7), ni tampoco el hombre libre (8).

3.º axioma. *Tampoco se puede vender ni comprar todo lo que por las leyes se haya especialmente prohibido.* Por

(1) Dicha ley 11. y 12. del mismo tít. 5. Part. 5.

(2) L. 13.

(3) L. 19. tít. 5. P. 5., y ley 6. tít. 10. lib. 3. del Fuero Real.

(*) Acerca de este caso dispone la ley 19. tít. 5. Part. 5. que si el comprador sabe que la cosa es agena cuando la compra, no está el vendedor obligado á restituirle el precio despues de vindicada por su dueño, en castigo de su mala fé, si no es que se hubiese obligado á ello espresamente. Pero si compró con buena fé, esto es, creyendo que compraba á su verdadero dueño, está obligado el vendedor no solo á restituirle el precio, sino tambien á resarcirle todos los daños y perjuicios que le hayan venido por su causa. Véase tambien la ley 6. tít. 10. lib. 3. del Fuero Real.

(4) L. 55. tít. 5. Part. 5.

(5) L. 15. del mismo tít. y Part.

(6) L. 2. tít. 14. Part. 1.

(7) Dicha ley 15. tít. 5. Part. 5.

(8) La misma ley 15., y la 8. tít. 10. lib. 3. del Fuero Real.

esta razon no se pueden vender armas, municiones ni víveres á los enemigos del reino (1): las cosas venenosas, si no es que se vendan para formar de ellas medicamentos (2). Tampoco se puede comprar de esclavos ni criados de servicio alhajas, joyas, trastos de casa ni otra cosa, aunque sea de comer, pena de ser castigado el comprador como encubridor de hurto (3).

Resta tratar del tercer requisito esencial de este contrato, que es *el precio*, sin el cual no se hace compra ni venta. Aunque tomada latamente la palabra *precio* se pueda llamar asi todo aquello que se da por otra cosa, con todo, en su rigurosa significacion se entiende solamente *dinero contado*, ó moneda acuñada corriente, que se debe pagar en la compra por la cosa que se recibe (4). De aqui sacamos la diferencia que hay entre la compra y el cambio ó permuta: si se da dinero contado por la cosa, será compra; y si se da una cosa por otra, será cambio ó permuta (5).

A mas de consistir en moneda el precio para que se llame este contrato compra y venta, ha de tener tres condiciones, esto es, ha de ser *verdadero*, *justo* y *cierto*. Por verdadero tendremos á aquel precio que es real, y no imaginario ó simulado; como seria si una cosa de mucho valor se diese por una pequeña moneda; lo cual no se deberia llamar venta, sino donacion. Dijimos tambien que el precio debe ser *justo*. Es verdad que cuando éste no está determinado por las leyes, admite bastante latitud; pero siempre debe ser de algun modo equivalente á la cosa vendida. Si no lo fuere, y el vendedor alegare que ha sido da-

(1) L. 22. tít. 5. Part. 5.
(2) L. 17.
(3) Ll. 16. tít. 11. lib. 5., y 5. tít. 20. lib. 6. de la Rec.
(4) Prólogo y ley 1. tít. 6. Part. 5.
(5) El mismo prólog., y ley 1. tít. 11. lib. 3. del Fuero Real.

ñado, se rescindirá ó nó el contrato, segun fuere la lesion. Si se probare haber sido en mas de la mitad del justo precio, como si lo que valia diez se vendió por menos de cinco, estará obligado el comprador á una de dos, ó á suplir el precio justo que valia la cosa al tiempo que la compró, ó á volvérsela al vendedor, tornándole el precio que recibió (1). La cual alternativa tiene lugar, aunque la compra haya sido en almoneda, hasta cuatro años despues (2). Pero si la lesion no fuere en mas de la mitad del justo precio, no compete accion alguna ni al comprador ni al vendedor para rescindir el contrato, no habiendo dolo ni mala fé en su celebracion (3), y siendo los contrayentes mayores de veinte y cinco años (*).

Esta lesion en mas de la mitad del justo precio no se puede alegar por los que son peritos en sus artes (4), ni cuando la venta se hace contra la voluntad del vendedor, y el comprador es apremiado á comprar (5), como tampoco en las cosas que se venden por deudas fiscales (6). Pero en estos casos tendrá lugar la lesion enormísima, aun

(1) L. 56. tít. 5. Part 5., y ley 1. tít. 11. lib. 5. de la Rec.

(2) La misma ley de Rec. al fin.

(3) L. 2. tít. 11. lib. 5. Rec.

(*) Para mejor inteligencia de lo dicho se advierte que el justo precio es de dos maneras, uno legítimo y otro natural. Legítimo es el que por ley, Príncipe ó republica es determinado, y asi consiste en punto indivisible. Natural es el que tienen las cosas con atencion á la estimacion que de ellas se hace y á otras circunstancias, y por consiguiente admite bastante latitud.

Este precio natural se divide en medio, supremo é ínfimo; v. gr., el medio será diez, el supremo once, y el ínfimo nueve. Para graduar estos precios no se ha de considerar lo que costó al vendedor la cosa, ni los gastos o trabajos que en ella tuvo, sino la comun estimacion del precio que al tiempo de la venta corriere en el lugar donde se hiciere, ahora se gane ó pierda mucho.

(4) L. 3. tít. 11. lib. 5. de la Rec.

(5) L. 6. tít. 11. lib. 5. Rec.

(6) Ll. 18. y 20. tít. 7. lib. 9. Rec.

cuando se hubiese renunciado; y se llama asi cuando el precio es dos ó tres tantos menos de la mitad del justo, á diferencia de la enorme, que es aquella en que por la cosa se da poco menos de la mitad del justo precio (1) (*).

Finalmente, debe ser cierto el precio, ó por convencion de las partes, ó con relacion á otro modo de certificarse; y asi: 1.º Será cierto el precio de la cosa si se deja á arbitrio de un tercero y éste lo señala, á cuya decision se debe estar, si no es que fuese desproporcionado, en cuyo caso se debe enmendar á juicio de hombres buenos (2). 2.º Tambien será válida la venta si el vendedor se conviniere á recibir por precio el dinero que se hallare en tal arca, saco &c.; si alli se encontrase alguno; pero no si nada hubiese (3). 3.º Será ademas de esto cierto el precio si se vendiere la cosa en cuanto se compró, habiéndose verdaderamente comprado por algun dinero (4). 4.º Pero no valdrá la venta en el caso de que el precio se deje á arbitrio de una de las partes, ó de un sugeto incierto (5).

Restan todavia varias cosas dignas de saberse acerca de este contrato: 1.º quiénes pueden comprar y vender: 2.º qué obligacion nace de la compra y venta: 3.º á quién pertenece el peligro de la cosa vendida; y 4.º qué acciones nacen de dicho contrato.

1.º Como, segun hemos dicho, la compra y venta se

(1) Ll. 16. al fin, tít. 11. Part. 4., y 56. tít. 5. Part. 5. Véase la Curia Filípica, lib. 1. comerc. terrestre, cap. 12. nn. 28. 29. 32. 33. y 34.

(*) Hay otra diferencia entre la lesion enorme y enormísima, y es, que para remediar la primera solo hay accion hasta cuatro años despues, conforme á la ley 1. tít. 11. lib. 5. de la Rec.; pero para la segunda la hay hasta 20 años, como accion personal que es, segun la ley 6. tít. 15. lib. 4. Rec.

(2) L. 9. tít. 5. Part. 5.

(3) L. 10. del mismo tít.

(4) Dicha ley ya citada.

(5) Dicha ley 9.

perfecciona por el consentimiento, es evidente que todos aquellos pueden comprar y vender que pueden consentir libremente (1), ya sea por palabra, por carta ó mensagero (2). Por falta de esta cualidad los hijos de familia y los menores no pueden comprar, ni los mercaderes venderles (3); como tampoco á los estudiantes, si no interviene permiso del que los tiene en el estudio (4). Se esceptúa el contrato que el padre hiciese con el hijo de los bienes castrenses ó cuasi castrenses, que valdria por haberse en estos como padre de familias. Los administradores, tutores, curadores ni otro alguno no pueden comprar ni vender los bienes de los menores sin autoridad judicial (5); y aun de esta suerte ha de redundar la venta en su utilidad, pues si no pueden reclamarla dentro de los cuatro años siguientes á los veinte y cinco de su edad; y si dichos tutores &c. los compran pública ó privadamente, estan obligados á restituirlos con el cuatro tanto, y es nula la venta (6).

Los clérigos estan privados de comprar y vender por via de negociacion, ya sea por sí mismos ó por medio de otro, tanto por derecho canónico (7) como por el real (8). El adelantado y juez tampoco puede comprar por sí ni por medio de otro durante su oficio cosa alguna de lo que se vende en almoneda por su mandado (9), ni casa, heredad ú otra alhaja raiz en el lugar en que ejercen jurisdiccion; pero sí vender las que tienen en él (10).

(1) L. 2. tít. 5. Part. 5.
(2) Ll. 8. y 18. del mismo tít.
(3) L. 22. tít. 11. lib. 5. Rec.
(4) L. 4. tít. 7. lib. 1. de la Rec.
(5) Entiéndese de los raices y muebles preciosos.
(6) L. 4. tít. 5. Part. 5., y ley 33. tít. 11. lib. 5. Rec.
(7) Concil. Trid. sess. 22. de refor. cap. 1., y la *Bul. Apostolicae servitutis* de Bened. XIV.
(8) L. 46. tít. 6. Part. 1.
(9) L. 5. tít. 5. Part. 5.
(10) L. 24. tít. 8. lib. 2. de la Rec.

2.º La obligacion que nace de este contrato es de parte del comprador pagar el precio contratado, y por parte del vendedor entregar la cosa en que se ha consentido. Veamos mas de cerca una y otra obligacion. El comprador debe el precio para satisfacer con él al vendedor: esto lo puede hacer de dos modos, ó pagándolo efectivamente, ó persuadiendo al vendedor que se fie de él. De aqui es que si ni el comprador paga de contado, ni el vendedor quiere fiarse de él, no se transfiere el dominio aunque haya intervenido tradicion (1); y asi no tiene accion para compeler al vendedor á que le entregue la cosa.

El vendedor está obligado á entregar la cosa, y mientras que no la entrega no tiene accion para pedir el precio. La razon es, porque no es justo que uno pueda obligar á otro á un contrato que rehusa él mismo cumplir por su parte. De lo dicho se infiere que en este contrato es igual la comodidad para ambos contrayentes, pues aunque el comprador recibe la cosa, paga el justo precio de ella; y el vendedor aunque recibe el precio se deshace de su cosa. Ahora, pues, siendo regla constante que cuando es igual la utilidad de ambos contrayentes se prestan mútuamente hasta la culpa leve, se sigue que en este contrato estarán obligados el comprador y vendedor al dolo, culpa lata y leve (2).

3.º Veamos ahora á quién pertenece el peligro y utilidad de la cosa vendida. Por peligro entendemos un acontecimiento por el cual perece la cosa (3). Por utilidad todas aquellas ventajas ó aumentos que nazcan de la cosa vendida (4). El sentido, pues, de la cuestion es este: si una cosa se ha vendido y aun no se ha entregado, y en este in-

(1) L. 46. tít. 28. Part. 3.
(2) L. 23. tít. 5. Part. 5.
(3) L. 3. tít. 2. Part. 5. v. *E por ocasion.*
(4) L. 24. tít. 5. Part. 5. v. otro sí decimos.

termedio perece por acaso ó se empeora, ¿á quién pertenece este daño? Mas, si una cosa se ha vendido y no se ha entregado, y esta misma recibe algun aumento ó mejora, v. gr., si en la cosa vendida se encontrase un tesoro, ¿á quién pertenecerá esta utilidad, al comprador ó al vendedor? Nuestras leyes responden terminantemente que luego que la compra y venta está perfecta, aunque no se haya verificado la entrega, pasa al comprador el peligro y utilidad de la cosa comprada (1). Pero se esceptúan cuatro casos. 1.° Si pereciere por dolo, culpa lata ó leve del vendedor (2). 2.° Si se pactase que el peligro sea del vendedor (3). 3.° Si la cosa fuese de las que se venden contadas, pesadas ó medidas, y de las que se acostumbran gustar préviamente, pues antes de practicarse esta diligencia no se tiene por perfecto el contrato (4), aunque hayan consentido en la cosa, y convenido en el precio (*). 4.° Si el vendedor fuere moroso en entregar la cosa al comprador, siendo reconvenido por éste ante testigos (5).

De esta suerte dispone nuestro derecho acerca del peligro y utilidad de la cosa vendida. Mas no sin fundamento podria alguno objetar ser esto manifiestamente contrario á los principios del mismo derecho. Estos establecen *que la*

(1) L. 23. tít. 5. Part. 5.
(2) Arg. de dicha ley 23.
(3) L. 39. tít. 5. Part. 5.
(4) L. 24. del mismo tít.
(*) Acerca de este tercer caso se debe advertir, que si habiéndose señalado dia para gustar, medir ó pesar la cosa, el comprador no viniere, desde entonces es de su cuenta el peligro, y no señalándose dia, el vendedor pasará este peligro al comprador siempre que habiéndole citado ante testigos no comparezca á medirla, pesarla &c. A mas de esto tiene derecho para vender á otro la cosa, y el comprador será siempre responsable de los daños y perjuicios de la tardanza. Véase la ley 24. del mismo título.
(5) L. 27. tít. 5. Part. 5.

cosa perece para su dueño; que antes de la tradicion pertenece el dominio de la cosa al vendedor, y que éste no pasa al comprador hasta verificarse la entrega: ¿cómo, pues, ha de perecer la cosa para el comprador no siendo todavia éste dueño de ella? Fuera de esto los aumentos y utilidades de la cosa son accesiones de ella, y es constante que del dueño de la cosa son tambien todos los aumentos que produce: siendo, pues, del vendedor la cosa antes de la tradicion, ¿cómo ha de ser verdad, salvos los principios de derecho, que las utilidades pertenezcan al comprador luego al punto, y sin que haya sido apoderado de la cosa? Pero se responde que el peligro y comodidad pasan al comprador atendido otro principio igualmente constante en derecho: este es, que al instante que la venta está perfecta, el vendedor es deudor de cierta especie, conviene á saber, de la cosa vendida. Ahora, pues, como el deudor de cierta especie pereciendo ésta se libra de toda obligacion y nada mas debe (1), se sigue que el vendedor si perece la cosa vendida, que era la que debia entregar, se libra al instante; y asi el peligro no es de él, sino del comprador. Por otra parte, siendo justo que aquel á quien pertenecen los daños pertenezcan las utilidades, infirieron legítimamente los jurisconsultos que debian ser del comprador cuantas hubiese (2).

4.° Falta tratar de las acciones que nacen de este contrato. Ya hemos dicho que es bilateral, y asi se obliga uno y otro contrayente. Nacen, pues, de él dos acciones. La obligacion de ambos contrayentes nace desde el principio, y de la naturaleza misma del contrato: de aqui sigue que ambas acciones son directas. Mas como este contrato es nominado, las dos acciones deben tener su nombre, y asi se llamarán *accion de compra ó venta*. Estas acciones se dis-

(1) Arg. de la ley 41. tít. 9. Part. 6.
(2) L. 23. tít. 5. Part. 5.

tinguen por el actor: si el comprador entabla la suya para conseguir la cosa se llamará *accion de compra*, y si el vendedor solicita que se le pague el precio se llamará *accion de venta*. Veamos una y otra separadamente. La accion de compra se da al comprador ó á su heredero, con tal que haya pagado el precio, contra el vendedor ó su heredero; pero no contra un tercer poseedor, porque es personal. Se da á efecto de conseguir todo lo que se le debe en virtud de este contrato. Se le debe la tradicion de la cosa, la posesion y los frutos, y aumentos que haya tenido desde el dia del contrato; y si por culpa del vendedor no se verifica la entrega, estará obligado á satisfacer al comprador los intereses, y todos los daños y perjuicios que le hayan sobrevenido, aunque sea por culpa leve. La accion de venta se da al vendedor que ya entregó la cosa, ó á su heredero, contra el comprador ó su heredero, á efecto de conseguir todo lo que se le debe por este contrato. Se le debe el precio pactado, las usuras, si hubiere tardanza en la paga, y la restitucion de todos los daños que le hayan acaecido, aunque sea por solo culpa leve del comprador.

A mas de las dos acciones ya esplicadas hay otras dos peculiares del comprador, y son la redhibitoria y estimatoria. La primera tiene lugar cuando se venden bienes que tienen vicio, tacha ó enfermedad; ya sean raices, v. gr., heredad ó campo que cria malas yerbas, casa ú otro edificio que debe servidumbre, ó tributo, ó muebles, v. gr., mercaderías, libros; ó semovientes, como esclavos, caballos, mulas y otros semejantes que tengan daño ó maldad oculta, lo cual no habiéndosele manifestado al comprador puede intentar contra el vendedor, dentro de los seis meses primeros siguientes al dia de la celebracion de la venta, dicha accion llamada *redhibitoria*, á efecto de que se rescinda el contrato, restituyéndosele el precio y volviendo él la cosa (1).

(1) L. 63. tít. 5. Part. 5.

No intentándose en el tiempo establecido la primera accion, puede usar el comprador en los seis meses restantes de la segunda, que se llama *estimatoria ó cuanti minoris*, á efecto de que el vendedor le devuelva el menos valor que la cosa vendida tiene por el defecto, tacha ó vicio que le ocultó; de suerte que en el preciso término de un año, contado desde la fecha del contrato, ha de usar de ellas, y pasado ninguna puede intentar (1). Mas si el vendedor manifestare el vicio de su cosa, ó el comprador renunciare estas acciones, no podrá despues pretender cosa alguna (2) (*).

§. I.

De las condiciones ó pactos que se pueden poner en la celebracion de la compra y venta.

No solo se puede celebrar la venta puramente, sino tambien con condicion, esto es, dando el uno ó el otro de los contrayentes su consentimiento bajo de ciertas calidades, que podemos llamar pactos añadidos.

Los mas solemnes que se pueden poner, y son permitidos en este contrato, son los pactos llamados *de retrovendendo*, *comisorio* y *adictionis in diem* (3). Por el primero se verifica la venta con la precisa calidad y condicion de que para cierto dia, mes y año ha de restituir el comprador la misma cosa vendida al que se la vende, ó á sus herederos, en la forma que la recibe sin deterioro alguno,

(1) L. 65. tít. 5. Part. 5.
(2) L. 66. del mismo tít.
(*) Si el vendedor ignorando el vicio, tacha ó defecto de su cosa, la vendiere con buena fé, no estará obligado á los daños seguidos al comprador; pero sí á volver el mas valor que recibió por la cosa, y que no se le hubiera dado á saberse el defecto. Febr., lib. de escr., cap. 7. §. 1. n. 56.
(3) Ll. 38. 40. y 42. tít. 5. Part. 5.

volviéndosele el precio; y que con ningun pretesto la ha de poder vender, gravar, ni de cualquiera otro modo enagenar hasta que pase el tiempo prefinido, y si lo hiciere sea nulo. Ordenada en estos términos la venta, es lícito el contrato (1), y el comprador puede usarla y disfrutarla, mas no venderla ni enagenarla hasta que espire el tiempo prescrito; pero el vendedor podrá darle facultad para esto, quedando el segundo comprador con la obligacion de restituirla, y la accion de vindicarla en su fuerza y vigor.

Por el pacto comisorio se obliga el comprador á que si no satisface el precio de la cosa comprada para cierto dia, queda por el mismo hecho nula la venta, se tiene por no transferido el dominio, y puede el vendedor quedarse con la señal que haya dado. Cuyo pacto es tan lícito y válido, que no cumpliendo el comprador con la satisfaccion del precio al plazo estipulado, verdaderamente se rescinde y anula el contrato (2), y no se le transfiere el dominio de la alhaja, ni sus acreedores adquieren derecho á ella, y por lo mismo el vendedor gana la arra ó señal; bien que puede elegir uno de dos medios, que son: ó pedir todo el precio, y que entonces subsista el contrato, ó no querer que éste valga y retener la arra, pero no arrepentirse despues de hecha la eleccion (3).

Si el comprador percibió algunos frutos de la alhaja vendida con pacto comisorio, debe entregarlos al vendedor, devolviéndole éste la señal ó parte del precio que recibió, y no de otra suerte; y si los quiere, le ha de abonar las espensas hechas en sus labores y coleccion de ellos; pero si la alhaja se deterioró por su culpa mientras la poseyó, está obligado á reintegrar al vendedor su decremento (4).

(1) L. 42. tít. 5. Part. 5.
(2) L. 38. del mismo tít.
(3) Dicha ley 38.
(4) L. 38. al fin.

Cuando se añade el pacto de adiccion ó señalamiento de dia, recibe el comprador la cosa con la condicion de que si dentro de tanto tiempo (que se señala) pareciere otro comprador que dé al vendedor ó á su heredero mas precio por ella, ha de quedar por el mismo caso nula y rescindida la venta, y el derecho del vendedor vivo é ileso para apoderarse de la cosa, venderla al que mas le diere, y compeler al primer comprador á que se la restituya tan saneada y en la propia forma que la recibió, devolviéndosele el precio que entregó, y el de las mejoras útiles que tenga, mas no las precisas para su conservacion. Mas si pasare el tiempo prefinido, se transfiere el dominio de la cosa en el comprador, sin que sea necesaria nueva tradicion (1).

Este pacto será válido concurriendo las circunstancias siguientes: 1.ª Que el segundo comprador sea verdadero y no simulado. 2.ª Que el vendedor ó su heredero haga saber al primero el mayor precio que el segundo le ofrece por la alhaja, y le reconvenga si la quiere por el tanto, pues tiene derecho para ser preferido. 3.ª Que el mayor precio ofrecido sea por la alhaja considerada en la misma forma que la vendió, sin mejoras ni aumentos. Con cualquiera de estas circunstancias que falte no se rescindirá el contrato (2).

§. II.

Del retracto ó tanteo.

El retracto en general se puede decir que es *un derecho que por ley, costumbre ó pacto compete á alguno para rescindir la venta, y atraer á sí por el mismo precio, dentro del término prefinido por derecho, la finca ó posesion vendida á otro.*

(1) L. 40. tít. 5. Part. 5.
(2) Dicha ley 40. tít. 5. Part. 5. al fin.

En España se conocen cuatro géneros de retracto, á que en castellano se llama *tanteo*. El primero es convencional, y se verifica cuando el vendedor y comprador pactan que aquel ha de poder retraer la finca dentro de cierto término, ó cuando quiera, restituyéndole el precio recibido; y éste es el pacto de *retrovendendo* de que hablamos poco há. El segundo tiene lugar cuando el que posee algun castillo ó fortaleza intenta venderlo ó permutarlo, pues lo debe hacer con licencia del Rey, é informarle del comprador, y precio que por él da, para que si lo quiere lo retraiga por el tanto (1). El tercero se llama de comunion ó sociedad, y le está concedido al socio ó partícipe en el dominio de algun bien raiz (2). El cuarto, finalmente, es el de consanguinidad ó gentilicio, del que trataremos primeramente, y es el que compete á los hijos, nietos y parientes legítimos por su órden, dentro del cuarto grado civil, recto y transversal, del dueño de los bienes que se venden, sin distincion de sexo ni edad, pues por los menores pueden usar de él sus tutores y curadores, y por los ausentes sus apoderados con poder especial (3).

La razon de permitir el derecho á los consanguíneos la facultad de retraer, se toma de la aficion que por lo comun profesan todos á los bienes de sus mayores, ya sea por la utilidad que espèrimentan en conservarlos en sí, ya porque les es sensible el que salgan de la familia. Concede, pues, el derecho esta facultad no solo á los hijos legítimos, sino tambien á los naturales, por militar en ellos la misma razon; pero no á los espurios, por no reputarse por conocidos sus padres.

En virtud del derecho que hemos esplicado, queriendo

(1) Ll. 1. tít. 18. Part. 2, y 2. tít. 10. lib. 5. de la Rec.

(2) L. 55. tít. 5. Part. 5.

(3) L. 13. tít. 10. lib. 3. del Fuero Real, y leyes 6. y 7. tít. 7. lib. 5. del Ordenam., y 230. del Estilo.

el dueño de alguna finca ó alhaja inmueble, patrimonial ó abolenga, venderla por dinero de contado á estraño, y algun pariente suyo hasta el cuarto grado inclusive, contado por derecho civil, poseerla, es preferido por el tanto al comprador estraño. Si el pariente no intentó el retracto ó tanteo antes que la finca se vendiese, todavia puede apoderarse de ella si ocurre dentro de los nueve dias primeros siguientes al de la celebracion de la venta; pero con la condicion precisa de que pague el mismo precio que el comprador estraño ofrecia, y de que jure que quiere para sí la finca, y que no hace el retracto por dolo ni con fraude. Y si entonces no existe en el pueblo, puede tantearla otro pariente por la misma línea. Pero en el caso que dos ó mas de un grado pretendan la misma finca, dispone el derecho que la partan entre sí; y siendo de diversos, que la lleve el mas cercano (1).

Por lo que hace al retracto de comunion ó sociedad, es constante que no solo puede el socio ó partícipe en la finca, justificando serlo, retraerla por el tanto, si el consocio quiere vender su parte á estraño, sino tambien despues de vendida ésta, acudiendo dentro de los mismos nueve dias concedidos al pariente, y no despues, con tal que pague el precio ofrecido por el comprador, y que no haya fraude ni dolo (2). Mas esto se entiende cuando ambos poseen la cosa pro indiviso, pues si está dividida real y demostrativamente, y cada uno posee su parte separada, ninguno puede intentar el retracto de la otra, pues en este caso ya no son socios, ni tienen comunion en ella.

Siendo muchos los socios puede cada uno *in solidum* retraer por el tanto la finca ó cosa vendida á estraño; y si todos la quieren, deben ser admitidos proporcionalmente á

(1) L. 7. tít. 11. lib. 5. de la Rec., que es la misma ley 13. tít. 10. lib. 3. del Fuero Real.

(2) L. 55. tít. 5. Part. 5.

su tanteo, segun la parte que en ella les corresponda, no con igualdad. Pero si el socio vende á uno de los consocios la suya, no pueden los demas retraerla ni quitarla por grandes que sean las de ellos, y pequeña la del consocio comprador.

Tienen tambien este mismo derecho de retracto por comunion el señor que tenga el dominio directo en alguna posesion, el superficiario, que es el que tiene edificio sobre suelo ageno, por el que paga pension al de éste, y el enfitéuta ó dueño del dominio util de la finca, que es el que recibió á censo enfitéutico algun fundo para cultivarlo y percibir sus frutos, con la obligacion de pagar al que se lo dió, y á sus sucesores, cierto rédito ó pension anual. Ahora, pues, si el señor del dominio directo, ó de la area, ó suelo, lo vende á estraño, pueden retraerlo por el tanto el superficiario y enfitéuta, como dueños del util, dentro de los nueve dias referidos. Si estos venden el útil, puede retraerlo aquel dentro del mismo término en caso que ninguna pension anual le paguen, pues si la pagan deben, para evitar que la finca caiga en comiso, requerirle si lo quiere por el mismo precio, á fin de que lo tome, pues es preferido, ó permita que se venda á otro; y una vez requerido tiene dos meses de término para el tanteo, pasados los cuales quedan en libertad para venderlo, y el señor sin accion por aquella vez á tantearlo, y sí solo al laudemio que por la venta se cause.

Si el señor y el superficiario ó enfitéuta concurren con el consanguíneo ó con el socio, ó con ambos, preferirán aquellos tres á estos dos, llevando siempre la antelacion al superficiario y al enfitéuta el señor del dominio directo, por razon del mayor derecho que como dueño del suelo le compete en la finca, y al socio el superficiario y el enfitéuta. Y si estos tres y el señor concurren con el consanguíneo, le preferirán por el orden con que quedan nomi-

nados, de modo que el consanguíneo tiene el último lugar respecto de los otros, ya concurra con todos juntos ó con cada uno solo: el socio cede al superficiario y al enfitéuta, y estos dos al señor del suelo (1).

§. III.

Del trueque ó cambio.

El trueque ó cambio, que tambien se llama permuta, es *un contrato por el cual se da una cosa cierta por otra tambien cierta* (2). Se diferencia de la venta en que por ésta se da precio en dinero contado y por el cambio nó, sino una cosa por otra (3); y en que la venta es válida aunque sea de cosa agena, lo que no sucede en el cambio (4).

Este contrato puede celebrarse de tres maneras: la primera por palabras simples sin otorgamiento ni promesa: la segunda por palabras recíprocas de ambos contrayentes que contengan promesa de verificar el cambio; y la tercera es cuando se hace el cambio por palabras, y la cumple uno de los dos ó ambos: y de la misma manera que los que venden, estan obligados los que cambian á la eviccion y saneamiento de lo que truecan.

Todos los que tienen potestad de comprar y vender, la tienen tambien de hacer trueques; y todas las cosas que pueden ser vendidas se pueden trocar, y al contrario. Pero para que se pueda verificar este contrato en las cosas eclesiásticas ha de intervenir licencia del prelado eclesiástico en cuya diócesi estan (5).

No se perfecciona el trueque hecho con palabras sim-

(1) L. 13. tít. 11. lib. 5. de la Rec.
(2) Prol. y ley. 1. tít. 6. Part. 5.
(3) L. 1. tít. 11. lib. 3. del Fuero Real.
(4) Ll. 1. y 4. tít. 6. Part. 5.
(5) Ll. 63. al fin, tít. 5. Part. 1., y 2. tít. 6. Part. 5.

ples hasta que ambos contrayentes se apoderan recíprocamente de las cosas que permutan, y aunque uno lo esté de la que le toca, si no entrega al otro la suya no queda perfecto, y puede disolverse, y por no entregarlo no incurre en pena, á menos que en la escritura se la impongan, ó que el otro contrayente haya sido dañado (1).

Si el trueque se hace con palabras y promesas, y uno de los contrayentes comenzó á cumplir por su parte, está en su eleccion hacer que se efectúe el trueque, ó que el otro le pague los daños que se le irroguen, pues este contrato produce accion y obligacion civil, lo que no sucede cuando solamente se hace con palabras simples (2).

TÍTULO XXVI.

DE LA LOCACION CONDUCCION.

El segundo contrato consensual es la locacion conduccion: por él *se da el uso de alguna cosa por cierto tiempo, ó las obras por una cantidad determinada que sirve de paga* (3). Decimos que la locacion es *un contrato consensual*, porque se perfecciona por solo el consentimiento: se añade que por él solo se concede *el uso*, porque aqui no se trata de transferir el dominio como en la venta, ni que el otro contrayente reciba la cosa en guarda como en el depósito, sino de que el conductor use de la cosa por algun tiempo ó se aproveche de las obras. Finalmente, se dice que debe intervenir *alquiler* ó paga determinada, porque si no es asi no será locacion conduccion, sino comodato, ú otro contrato innominado (4).

Por lo que hace á la division, este contrato se divide

(1) Ll. 2. tít. 11. lib. 3. del Fuero Real, y 3. tít. 6. Part. 5.
(2) Ll. 3. tít. 6. Part. 5., y 2. tít. 16. lib. 5. Rec.
(3) L. 1. tít. 8. Part. 5.
(4) La misma ley 1. en el medio.

en locacion conduccion de cosa, y se verifica cuando se concede el uso de alguna por cierta merced; v. gr., una casa, un vestido; de obras cuando se hacen algunas mecánicas conviniéndose en el estipendio; como cuando un sastre cose un vestido por tantos reales en que se convino; ó de obra cuando se promete hacer alguna por cierta merced; v. gr., si la republica contrata con un arquitecto que le haga un puente por tantos pesos. Mas en estas especies de locacion se debe observar que las personas de los que conducen ó alquilan tienen diversos nombres: asi, el que toma alquilada una casa, se llama *inquilino*, el que un campo, se llama *colono ó arrendatario*, el que tributos ó alcabalas *publicano*, y el que obras *redemptor*.

A mas de esto nuestras leyes distinguen *arrendamiento, flete* y *alquiler*. Arrendamiento se dice la paga que se da por el uso de una heredad: flete la que se da al dueño de un navío por transportar algunos bienes en él de un lugar á otro; y alquiler la paga que se da por el uso de cualquiera otra cosa (1). Generalmente hablando en este contrato el que da la paga se llama *conductor*, y el que la recibe *locador*.

Pasemos á los requisitos esenciales de este contrato, que son del todo semejantes á los de la compra y venta. Asi, pues, como para ella eran necesarias tres cosas, á saber, consentimiento de las partes, cosa cierta y precio, del mismo modo para la locacion conduccion se requiere consentimiento, cosa ú obras que se presten, y alquiler ó merced. Para mayor claridad trataremos separadamente de cada uno de estos requisitos.

El primero es el consentimiento, porque, como hemos dicho, este contrato es consensual que recibe su perfeccion por solo el mútuo consentimiento, de donde nacen los con-

(1) L. 1. tít. 8. Part. 5.

sectarios siguientes: 1.° Que nace la obligacion y accion de este contrato al momento que convienen entre sí las partes acerca de la cosa, y de la merced ó alquiler. 2.° Que pueden celebrar este contrato todos aquellos que pueden comprar y vender, porque pueden disponer libremente de sus cosas (1). Pero á los caballeros y oficiales de la corte está prohibido tomar en arrendamiento heredades agenas (2), porque no se aparten del servicio del Rey á que estan destinados. Asimismo los consejeros, oidores, alcaldes de corre, contadores mayores, sus oficiales y los de la real casa, comendadores, alcaides, regidores, alguaciles, oficiales del consejo, y otras personas poderosas, no pueden ser conductores, ni recaudadores de rentas reales, ni concegiles de las ciudades en que ejercen sus oficios (3).

Otro requisito esencial para la locacion es la cosa ú obra que se alquila. Tales son todas las que estan en el comercio, sean muebles o raices, y aun mas las cosas eclesiásticas y las que pertenecen al patrimonio de la ciudad. 1.° Pero las cosas que han de servir de materia á este contrato no deben ser fungibles, pues entonces no será el uso el que se concede solamente, sino tambien el dominio. 2.° Pueden darse en locacion toda especie de obras con tal que sean honestas (4); pero no las liberales ó que se ejercitan con el ingenio, porque estas no admiten estimacion; y asi, no se dice que alquilan su trabajo los profesores de ciencias ni los abogados.

El tercer requisito esencial de este contrato es la merced ó alquiler. Mas asi como deciamos, tratando de la compra y venta, que el precio de ella debe consistir en dine-

(1) L. 2. tít. 8. Part. 5.

(2) Dicha ley 2.

(3) Ll. 12. tít. 4. lib. 3., y 4. tít. 5. lib. 7., y 4. 5. 7. y 9. tít. 10. lib. 9. Rec.

(4) L. 3. tít. 8. Part. 5.

ro contado, del mismo modo el alquiler en la locacion conduccion. De suerte que conviniéndose los contrayentes en que la paga se haga en otra cosa que no sea dinero efectivo, v. gr., en frutos ó en ganado, ya no será locacion, sino contrato innominado, que podrá ser *do ut des*, ó *do ut facias* (1). Pero sí lo seria si despues de haberse tratado y concertado la paga que se habia de hacer en dinero, quisiese recibir otra cosa el locador, pues entonces no se variaria la naturaleza del contrato. Del mismo modo, asi como en la compra y venta el precio debe ser verdadero, justo y cierto, asi tambien el alquiler en la locacion conduccion debe ser verdadero, porque si no degenerará en donacion ó comodato. Debe ser justo, porque si nó habrá accion para rescindir el contrato (2). Finalmente, debe ser cierto, ó por sí ó por relacion á otra cosa; v. gr., te alquilo por la paga que Ticio estimare justa (3). La razon es, porque de otra suerte no convendrian los contrayentes en una misma cosa.

Para que el importe del alquiler ó paga sea justo se debe arreglar á las leyes ó costumbre del lugar, y si no la hubiere, se deberá hacer una convencion equitativa entre las partes (4). Y por lo que hace á los jornales de los obreros está dispuesto que se tasen por los concejos, y que se les paguen cada dia, si ellos los pidieren (5).

Pasemos ahora á la obligacion que nace de este contrato, lo que trataremos en varias conclusiones. 1.ª *El locador debe dar el uso de la cosa prometida.* 2.ª *El conductor debe pagar el alquiler ó pension al tiempo señalado, y no habiendolo, al fin del año* (6). 3.ª *No pagando al plazo tra-*

(1) L. 1. de este tít.
(2) L. 1. tít. 11. lib. 5. Rec.
(3) L. 1. tít. 8. Part. 5.
(4) L. 4. tít. 8. Part. 5.
(5) Ll. 3. y 4. tít. 11. lib. 7. Rec.
(6) L. 4. tít. 8. Part. 5.

tado puede el locador quitar la cosa al conductor, y para ser satisfecho tiene hipoteca tácita en los bienes que hallare en la cosa ó fundo arrendado (1). Mas siendo puntual en pagar, no puede ser desposeido de la casa alquilada, si no es en cuatro casos: 1.º Cuando al locador se le cae la casa en que mora y no tiene otra, o está enemistado en aquella vecindad, ó si casase á alguno de sus hijos, ó los hiciere caballeros. 2.º Si despues de alquilada apareciere que amenazaba ruina si no se reparaba. Pero en estos dos casos debe el dueño de la casa dar al alquilador otra en que more, ó descontarle del alquiler tanta parte cuanta importe el tiempo que deje de habitar en ella. El 3.º cuando el alquilador usase mal de la casa con perjuicio de la vecindad. 4.º Cuando hubiese sido el contrato para cuatro ó cinco años, con condicion de dar la paga determinada cada año, y pasaren dos sin pagarla (2). 4.º *Ambos contrayentes están obligados á la culpa leve por ser este un contrato que cede en utilidad de los dos* (3). Pero estará obligado á la culpa levísima el que se ofreciese á transportar de un lugar á otro alguna cosa fácil de derramarse, como vino, aceite; ó de quebrarse, como cristales ó mármoles; y asi deberá poner para el transporte todo aquel cuidado y diligencia que pondria un hombre exactísimo (4).

5.º *Al caso fortuito nunca estará obligado el conductor, si no es que lo quiera tomar en sí, ó venga por su culpa* (5).

Si los frutos se destruyeren ó perdieren por caso fortuito, como son lluvias escesivas, gran sequedad, avenidas de rios, granizo &c., ó por otra causa semejante, nada de-

(1) L. 5. tít. 8. Part. 5.
(2) L. 6. tít. 8. Part. 5.
(3) L. 7. tít. 8. Part. 5.
(4) L. 8. del mismo tít.
(5) Dicha ley 8.

be pagar el conductor por el arrendamiento de aquel año; pero si coje algunos frutos, está en su eleccion dar al locador todo su importe, ó si no entregarle los frutos que haya logrado, deducidas las espensas hechas en sus labores. Mas si la pérdida viniese por su culpa, como si fuese por labrar ó custodiar mal la heredad, ó por espinas ó malas yerbas que en ella nacieren, ó porque dió causa á que algun enemigo suyo los quemase por venganza, ó los talase y robase, debe satisfacerlo enteramente; y el peligro y daño será de su cuenta, y no de la del locador (1).

A mas del caso dicho deberá el conductor pagar el arrendamiento, aunque no se logren los frutos, si de dos años, v. gr., por los que tomó el fundo, en el uno de ellos cojiese tan abundantemente, que alcanzase para satisfacer las espensas hechas en los dos; lo cual se debe entender cuando la abundancia viniese por acaso, y no por industria estraordinaria del conductor.

Si el arrendador ó arrendatario murieren dentro del tiempo que debe durar el contrato, las obligaciones recíprocas pasan á los herederos de entrambos, si no es que fuese locacion conduccion de obras, ó si la cosa arrendada fuese el usufructo de una heredad, pues todo lo que es personal espira con la persona (2).

Resta tratar de las acciones que nacen de este contrato, las cuales se llaman como el *de locacion conduccion.* Una y otra es directa, porque tanto el locador como el conductor se obligan desde el principio por la misma naturaleza del contrato: el primero á dar el uso de la cosa, ó á practicar las obras prometidas; y el segundo á pagar la pension ó alquiler.

(1) L. 22. tít. 8. Part. 5.
(2) Ll. 2. y 3. tít. 8. Part. 5.

APÉNDICE.

DE LOS CENSOS.

Aunque esta palabra *censo* tiene diversos significados, aqui se toma por *un derecho de percibir cierta pension ó rédito anual, procedente de la traslacion del dominio de alguna cosa hecha á favor de aquel que queda obligado á pagar el rédito.*

El censo asi definido en general se divide en enfitéutico, consignativo y reservativo, y de cada uno trataremos separadamente.

§. I.

Del censo enfitéutico.

Censo enfitéutico ó enfiteusis es *un contrato consensual, por el cual se conviene uno en dar á otro perpetuamente ó para largo tiempo el dominio útil de alguna alhaja raiz por cierta pension anual, que se debe pagar en reconocimiento del dominio directo que queda siempre en el que concede el enfiteusis* (1). Decimos que es *un contrato consensual*, porque por solo el consentimiento está perfecto; y asi aunque se requiere escritura, es como una condicion necesaria para la constancia del contrato, y sin la cual no vale por nuestro derecho, pero no porque sea contrato literal (2). Decimos que es un contrato por el cual *se promete entregar el dominio útil*, porque no nace el dominio de solo el contrato, sino que el enfiteuta se hace señor por la subsiguiente tradicion. Finalmente, se añade en la definicion que se debe pagar cierta pension en reconocimiento del dominio útil; en las cuales palabras se debe notar la diferencia que hay entre la locacion conduccion y el enfiteusis. El con-

(1) L. 28. tit. 8. Part. 5.

(2) Dicha ley 28. del propio tít. y Part.

ductor paga alquiler, y el enfiteuta pension. El alquiler debe ser proporcionado á los frutos y utilidades que produce la cosa: la pension por lo regular es bien corta (*). El primero se paga por el uso de una cosa agena; y la segunda se da de una cosa propia y en reconocimiento del dominio superior ó directo que reside en el que concede el enfiteusis.

Hemos visto qué es el enfiteusis: veamos ahora cuáles son los derechos del enfiteuta. Estos consisten, parte en la facultad de disponer de la cosa y enagenarla, y parte en percibir los frutos y vindicarla. Sea, pues, el 1.º que el enfiteuta percibe todos los frutos hasta los estraordinarios, como los tesoros, porque es señor de todas las utilidades. 2.º El enfiteuta puede enagenar y vender la cosa, pero con la condicion de que antes de venderla lo avise al señor del fundo (1). Mas esta noticia no se le da porque se requiera su consentimiento, sino porque tiene derecho para comprarla primero que otro alguno; y asi, si no declara su voluntad entre dos meses, puede el enfiteuta venderla á quien quisiere, con tal que sea persona que pague el censo con la misma puntualidad que el primer enfiteuta; pero en ese caso tiene el señor derecho al laudemio, que es la cincuentena parte del precio por el cual se vende la cosa, ó menos, segun se haya pactado en la escritura de otorgamiento del enfiteusis (2). 3.º Asi como el enfiteuta es señor de todas las utilidades y frutos de la cosa, asi debe sufrir sus cargas y pagar los tributos que tenga impuestos. 4.º Finalmente, siendo uno de los efectos del dominio que el

(*) El Febrero refiere que en Madrid cada solar que tiene cincuenta pies de frente y ciento de fondo, que multiplicados unos por otros hacen una area plana de cinco mil pies cuadrados ó superficiales, se da á censo enfitéutico por dos ducados y dos gallinas.

(1) L. 29. tít. 8. Part. 5.

(2) Dicha ley 29. tít. y Part.

señor pueda vindicar la cosa de cualquiera poseedor, se sigue que el enfiteuta tiene el mismo derecho; y asi puede vindicar el fundo aun del mismo señor del enfiteusis, en cuyo caso se entiende que vindica el dominio útil del señor del dominio directo á quien no pertenece.

Las obligaciones del enfiteuta consisten: lo 1.º en pagar el cánon ó pension anual en el tiempo y modo pactado (1). De otra suerte perderá su derecho: con esta diferencia, que si el señor del enfiteusis es iglesia, monasterio ú órden, bastan dos años para que pueda ser privado de su derecho, y si fuere lego se requiere que en tres años contínuos no pague la pension; pero si el enfiteuta ocurre á satisfacerla dentro de diez dias, está obligado el señor del dominio directo á recibirla, y no debe ni puede tomarle la alhaja con pretesto de comiso en este caso. 2.º Debe el enfiteuta pagar la pension, aunque por esterilidad, fuego, ó por otra causa no perciba frutos de la heredad; al contrario de lo que dijimos tratando de la locacion conduccion. La razon de la diferencia consiste en que el alquiler en la locacion conduccion se paga por el uso de una cosa agena, el cual cesando debe tambien cesar el alquiler; mas el cánon ó pension se paga por el enfiteuta en reconocimiento del dominio directo que reside en el señor, el cual debe reconocer, perciba frutos ó nó; luego en todo caso debe pagar la pension. De aqui mismo se infiere que pereciendo todó el fundo por terremoto ó por inundacion, cesa la obligacion de pagar la pension, pues de una cosa que ya no existe no hay señor, ni tampoco dominio que reconocer (2); pero permanecerá la obligacion, segun nuestro derecho, con solo que quede salva la octava parte del fundo en que consiste el enfiteusis.

Los modos por los cuales se acaba este contrato se

(1) L. 28. tit. 8. Part. 5.

(2) Dicha ley 28. al med.

deducen de su misma naturaleza. El 1.º es la pérdida total de la cosa, de que ya hemos hablado. El 2.º es la consolidacion; y asi, sea que el señor directo adquiera el dominio útil, sea que el señor de éste adquiera el directo, se acaba el enfiteusis por consolidarse ó unirse en una sola persona ambos dominios. El 3.º por prescripcion; de suerte, que si el enfiteuta no paga la pension ó cánon el tiempo de diez años, estando presente el señor y no reconviniéndolo, ó veinte estando ausente, adquirió el dominio por prescripcion. El 4.º es la tardanza en pagar el cánon ó pension, en cuyo caso, pasando el tiempo prefinido por derecho, puede el señor apoderarse de la cosa, segun hemos dicho ya (1). El 5.º es por enagenacion de la finca sin noticia del señor, por cuyo motivo cae en comiso, y el señor directo puede retraerla dentro de los nueve dias siguientes á la celebracion de la venta (2).

Las acciones que nacen de este contrato son dos, y ambas directas, porque uno y otro contrayente queda obligado desde el principio por la naturaleza del contrato; el señor á entregar el fundo, y el enfiteuta á pagar la pension. A mas de esto, como es contrato nominado, las acciones tienen su mismo nombre.

§. II.

Del censo reservativo.

Este censo se verifica *cuando uno da á otro una cosa raiz transfiriendo en él todo el derecho que tiene á ella, esto es, el* dominio *directo y útil, reservándose una pension anual en frutos ó en dinero, que deberá pagar el que recibe la cosa, á quien llaman censatario.*

Entre este censo y el enfitéutico hay varias diferencias.

(1) Véase la cit. ley 28. tít. 8. Part. 5.

(2) Dicha ley al fin, y la 13. tit. 11. lib. 5. Rec., y Feb., libreria de escrib., cap. 5. §. 1. n. 11.

La 1.ª que por este se transfieren ambos dominios, directo y útil, y por el enfiteusis solo el útil pasa al enfiteuta, quedando el directo en el concedente. La 2.ª diferencia es que en el enfiteusis si en dos ó tres años no paga la pension el enfiteuta, cae la cosa en comiso, esto es, vuelve el dominio útil al señor directo; mas en el censo reservativo no sucede asi, aunque no se pague la pension en muchos años. Pero si al tiempo de constituir el censo se pusiere la condicion de que no pagando el censatario en algunos años caiga la cosa en comiso, valdrá por ser conforme á derecho (1). 3.ª diferencia entre el enfiteusis y el censo reservativo es que en el primero no puede el enfiteuta vender la cosa sin requerir al señor directo, pena de comiso; y á mas de esto está obligado á pagar laudemio del precio de la venta, todo lo cual falta en el censo.

Aunque las tres diferencias ya esplicadas aclaran bastante la naturaleza de ambos contratos, sucede algunas veces que se dude si el contrato celebrado es de censo reservativo ó de enfiteusis. En este caso se deberá decidir la cuestion haciendo una diligente observacion de las circunstancias, y atendiendo mas á la naturaleza y sustancia del contrato que á las palabras de la escritura, que suelen estar puestas con equivocacion por ignorancia del escribano. Pero si aun atendido todo quedare la duda en pie, se deberá juzgar el contrato antes de censo reservativo que de enfiteusis. La razon es, porque en caso de duda debe ser mejor la condicion del que posee cuando se trata de gravarlo, y no se le debe imponer mas carga que la que conste tener.

La justicia de este censo reservativo es bien clara, porque como el censatario adquiere el dominio de la cosa sin pagar precio alguno mas que la pension anual á que se

(1) L. 1. tít. 15. lib. 5. Rec.

obliga, es muy justo que la pague, para que se guarde entre ambos la igualdad que requiere la justicia conmutativa.

Puede crearse ó constituirse este censo no solo por convencion, sino tambien por testamento, como si un testador lega á otro una cosa raiz fructífera, reservando una pension anual que se pague á sus herederos, ó á otro que señale. Puede tambien fundarse ó perpetuo ó redimible, pues no hay razon que impida hacerlo de uno ú otro modo. Pero si se fundare absolutamente, de suerte que se dude de la mente del fundador, antes se deberá juzgar perpetuo que redimible, asi porque este censo de su naturaleza es perpetuo, como porque el antiguo señor de la cosa reservándose una pension, retiene el derecho á percibirla, el cual como sucede en lugar del dominio que tenia antes, debe ser perpetuo como lo era el mismo dominio.

Finalmente, como este censo se puede fundar redimible, segun hemos dicho, se redimirá ó estinguirá pagando el deudor al acreedor la cantidad en que hayan convenido, y si esta no la hubiesen pactado antes se graduará á arbitrio del juez. Mas como esta redencion es una verdadera venta del derecho de percibir la pension anual, se deberá pagar por ella alcabala, siempre que se verifique (1).

§. III.

Del censo consignativo.

Este censo se llama asi porque se consigna ó funda sobre los bienes del que lo concede, sin perder por esto el dominio asi útil como directo que tenia antes en los mismos bienes. Se ha disputado mucho acerca de lo lícito ó ilícito de este censo, como veremos despues.

Acerca del modo de fundarse, lo regular es que se

(1) Feb., libr. de escrib., cap. 5. §. 3. n. 49.

concede por cierto precio consistente en dinero contado, y entonces es una verdadera compra y venta que causa alcabala desde que se celebra. Puede tambien concederse por otros títulos, como permutacion, donacion, ó en compensacion de algunas obras, ó por última voluntad; y segun varíe el título, variará mas ó menos su naturaleza. Por ahora trataremos de él como fundado mediante compra y venta, asi porque de esta manera es mas frecuente, como por que esplicada su naturaleza bajo de este título, fácilmente se entenderá lo que se debe decir cuando la fundacion se haga de otro modo.

Se define, pues, el censo consignativo, que aprueban tanto las bulas pontificias como nuestras leyes, diciendo que es *una compra, por la cual uno, dando cierto precio sobre los bienes raices de otro, adquiere derecho de percibir una pension anual ú otro rédito semejante, permaneciendo el vendedor del rédito señor de todos sus bienes como antes lo era.* Se dice que el derecho se compra dando cierto precio, porque el censo no se perfecciona por sola la convencion como las demas compras, sino que requiere precisamente la numeracion ó tradicion, ya sea verdadera ó ficta (1).

En este censo, como se dice en la definicion, se compra el derecho de percibir un rédito ó pension anual, mas no la misma pension; y asi, aunque por lo regular este censo se constituya en dinero, no por esto se puede decir que se da dinero por dinero, y que por consiguiente este contrato no es especie de compra, pues no es la pension lo comprado, sino el derecho á percibirla.

Se divide este censo, por razon de la cosa que se paga, en pecuniario, cuya pension consiste en dinero, y en fructuario, que consiste en frutos, como trigo, vino, aceite &c.

(1) En el censo vitalicio la exige verdadera la ley 8. tít. 15. libro 5. Rec.

Pero en este censo consistente la paga en frutos está espresamente prohibido por nuestro derecho (1). Por razon del tiempo en que se hace la solucion se divide en censo, cuya pension se debe pagar cada año ó cada mes, ó de otra suerte. Finalmente, por razon de la duracion se divide en perpetuo y temporal. Estas dos especies se subdividen: el perpetuo en irredimible, que es absolutamente perpetuo, por lo cual se le da este nombre; y en redimible, que se hace con pacto de volverse á vender, y se dice censo al quitar, el cual tambien se llama perpetuo por que no se acaba por tiempo determinado. El temporal se subdivide en uno que dura cierto número de años; v. gr., diez, veinte ó treinta, y en otro que se celebra para un número indeterminado, como es el de toda la vida del que compra, del que vende ó de otro alguno, y se llama vitalicio.

Otra division traen algunos del censo consignativo, en personal y real: personal llaman á aquel en que se obliga solamente la persona á pagarlo, sin que se funde ni se deba de cosa alguna. Pero esta division es sospechosa, por ser mas cierto que no puede hacerse fundacion de censo en solo persona y no en cosa; y aunque algunos opinan que el dia de hoy estan aprobados los tales censos personales por una real cédula (2) espedida á consulta de los cinco gremios mayores de Madrid, no es con bastante fundamento, pues la mente de la real cédula solo es aprobar los contratos, por los cuales algunas personas, principalmente las ineptas para la negociacion, daban su dinero á los mercaderes para cierto tiempo en el que negociasen con él, y lo devolviesen con alguna moderada ganancia (*). Pe-

(1) L. 4. tít. 15. lib. 5. Rec.

(2) Real céd. de 10 de Julio de 1764.

(*) Para mayor claridad insertaremos aqui lo dispositivo de dicha cédula de 10 de Julio del año de 1764, que dice así: "Por los diputados de

ro estos contratos en realidad no son de censo, sino de una cierta especie de compañía, en la cual los contrayentes dividen el logro que esperan de la negociacion, dando una pequeña parte de él al que dió el dinero, y tomando para sí lo restante el mercader; por lo que es evidente la justicia de semejante convencion.

En el censo consignativo se deben atender tres cosas, que son las principales. La 1.ª es, la suerte, ó el precio por el cual se compra, á que llaman *capital*: la 2.ª la pension ó rédito que se paga; y la 3.ª la cosa sobre que se funda. Por lo que hace al precio ó capital, el Papa S. Pio V, por un *motu propio* espedido el año de 1569, mandó espresamente que consista en dinero contado. Mas aunque este no se recibió en España segun una ley de la Recopilacion (1), con todo, es mas conforme á nuestras leyes que

lós cinco gremios mayores de Madrid se representó á S. M. que acostumbraban recibir en la caja comun de la diputacion destinada para el giro de sus comercios algunos caudales de diferentes personas de todas clases, principalmente de viudas, pupilos &c., y otros que destituidos de propia industria lograban por este medio valerse de la de lós gremios, obligándose estos á volver el dinero dentro del tiempo que capitulaban, y á satisfacer en el ínterin el interés de un tres o dos y medio por ciento: que en esta posesion y buena fé habian estado muchos años, asi los gremios como los particulares, con noticia y conocimiento de los tribunales en los casos que ocurrieron de esta naturaleza, hasta que modernamente se introdujo en el público alguna duda sobre la legitimidad y pureza de estos contratos. Con presencia de todo lo ocurrido tuvo á bien S. M. mandar formar una junta compuesta de ministros autorizados, que por su carácter y sana doctrina merecian su real satisfaccion, para que examinasen muy sériamente la naturaleza de estos contratos, y los hiciesen examinar por hombres doctos; y habiéndolo ejecutado, conformándose con el dictámen uniforme de tantos hombres de integridad y sana doctrina, por decreto de 4 de Julio de 1764, señalado de su real mano, vino en declarar, para cortar todo motivo de duda, que son legítimos y obligatorios estos contratos, y mandar que como tales sean juzgados en sus tribunales."

(1) L. 10. tít. 15. lib. 5. Rec.

debe consistir en dinero efectivo, pues de este modo se evitan los fraudes que son frecuentísimos en esta especie de contratos (1).

Se requiere tambien en el precio que sea justo, esto es, que la pension que se ha de pagar sea correspondiente al capital que se entrega y sirve de precio al censo. Esta proporcion se ha graduado con variedad, segun los tiempos y las circunstancias de los lugares. En España se ha graduado el tres por ciento (2), siempre que el censo sea redimible, pues en el perpetuo irredimible, como que es mas gravoso al vendedor, debe ser en él mayor el precio, es decir, debe ser menor la pension, y señalarse con atencion á los tiempos y provincias en que se funde.

Por lo que hace á la pension ó rédito que se paga en el censo consignativo redimible, esta debe consistir tambien en dinero (3), y aunque en algunos reinos de España se habian fundado en fraude de la ley citada muchos censos con nombre de perpetuos ó irredimibles, en los cuales la pension no consistia en dinero, sino en trigo, vino ú otros frutos, se mandó por otra ley (4) que todos estos se reputasen redimibles; y asi los comprende la citada ley, la que aunque solo habla de los redimibles ó al quitar, parece deberse entender tambien de los irredimibles, porque los fraudes y daños que intenta impedir son tan frecuentes y aun mas graves en ellos.

Mas aunque esta disposicion es utilísima al público, y tan general que comprende aun á los censos fundados an-

(1) La ley 8. del mismo tít. 15. lib. 5. Rec., de donde se saca argumento para probar que debe ser el precio de todo censo en dinero contado.

(2) Ll. 15. y 16. tít. 15. lib. 5. de la Rec.

(3) L. 4. del mismo tít.

(4) L. 7. del mismo tít. 15.

tes de su publicacion, con todo, se halla permitida por otra ley (1) la costumbre de pagar las pensiones en frutos en los lugares donde la hubiere, lo que ofrece grandes dificultades por la variedad de los precios de los frutos.

Hay varias condiciones ó pactos que estan declarados por ilícitos ó usurarios en el censo consignativo, que esplicaremos aqui para mayor inteligencia de esta materia. El 1.° es, que el censo se constituya y funde sobre cosa mueble ó semoviente; y asi, debe imponerse sobre bienes de su naturaleza fructíferos y permanentes, como son los raices (2), los cuales se han de gravar y obligar por especial hipoteca á su responsabilidad, para que el censualista tenga contra quien repetir directamente, y sea preferido en ellos á otro acreedor. El 2.° pacto reprobado es, que el censatario debe pagar los réditos anticipados; el cual se prohibe porque es contra la justicia del contrato censual, y para evitar fraudes y sospecha de usura; y asi, cumple el censatario con satisfacerlos luego que esten devengados. El 3.° es, que el imponedor se obligue directa ó indirectamente á los casos fortuitos, de suerte que aunque la alhaja perezca deba pagar el censo sin descuento de su principal ni réditos. El cual pacto es contra la naturaleza del contrato censual; y asi, si la finca perece total ó parcialmente, debe perecer con igual proporcion la renta, y estinguirse su capital, y si en parte es infructífera, ir en diminucion; y por ser contrato de compra y venta, luego que se perfecciona pertenece al comprador, que es el censualista, el daño que sobrevenga en la cosa (3).

Otro pacto que se reprueba en este contrato es el de que no se pueda enagenar la cosa sobre que se impone el censo; y asi, no se puede quitar ni restringir al censatario

(1) L. 16. tít. 15. lib. 5. Rec.

(2) Ll. 1. y 2. tít. 15. lib. 5. Rec.

(3) *Motu propr. de S. Pio. V.* §. 10.

la facultad de vender ni enagenar por contrato entre vivos, ó última voluntad, la cosa siempre que quiera, sin que tenga obligacion de pagar mas pension, sino solamente el mismo rédito; pero sí será justo que se ponga la cláusula de que no se pueda vender la cosa sin la carga del censo, pues de otra suerte el nuevo comprador no tendria obligacion de pagarlo.

La condicion de retracto por la cual el censatario queda con obligacion de avisar un mes antes al censualista que quiere vender la alhaja, y requerirle si la quiere por el tanto, está permitida; mas no se puede añadir la pena de comiso, porque esta solo tiene lugar en el censo enfitéutico (1).

Falta ahora tratar de los modos por los cuales se estinguen los censos. El 1.º es, por destruccion de la cosa, al cual es semejante: el 2.º que es por volverse la cosa del todo y perpetuamente infructífera, pues es lo mismo que si del todo se perdiese para el efecto de percibir frutos de ella; pero si la cosa pereciere, ó se hiciere infructuosa por dolo ó culpa del censatario, aunque siempre se estingue el censo por defecto de la cosa, con todo, puede el señor del censo repetir el precio, y los daños ó perjuicios que se le hayan seguido por el descuido ó dolo del poseedor.

Se estingue tambien el censo por volver la cosa al señor del censo. La razon casi es la misma que en la destruccion de la cosa; porque como el censo sea una carga pegada á la cosa á manera de la servidumbre, y que solo grava á la persona en cuanto la posee, se sigue que se librará luego que suelte la posesion de ella. El 4.º modo de acabarse el censo es por prescripcion de treinta años, esto es, cuando el poseedor de una cosa sujeta á censo la tiene todo ese tiempo con buena fé como libre de toda carga,

(1) §. 6 de la Bula de Pio V.

lo que es conforme á la ley de Recopilacion (1), que pide todo ese tiempo para prescribir ó estinguir las deudas que no nacen de mera obligacion personal, sino de mista ó con hipoteca, como es la de censo. Se exige á mas de esto la buena fé, porque ésta en el dia parece necesaria aun en la prescripcion de treinta años.

Esta prescripcion que estingue el censo comienza á correr desde el tiempo en que del todo se suspendió la paga de los réditos ó pension, esto es, desde que el acreedor de ninguno los recibió; porque aunque el poseedor no los pague, si lo hace aquel que contrajo con el acreedor, ú otro en su nombre, no se podrá decir ni aun comenzada la prescripcion. Ahora, si estinguido el censo por prescripcion se entiendan estinguidas tambien todas las pensiones, no solo del primer año, sino de los demas desde que no se pagó, ó si es necesaria una prescripcion para cada pension, es cuestion de grande dificultad: puede decirse á ella que por la misma prescripcion por la cual se estinguió el censo se prescribieron tambien las pensiones. La razon es, porque el censo es lo principal ó la raiz y orígen de toda la obligacion, y las pensiones son una cosa accesoria que del todo son dependientes de él, y es constante que faltando lo principal falta lo accesorio.

Finalmente, los censos redimibles se acaban por redencion, esto es, cuando el acreedor vuelve ó paga la suerte, capital ó precio que recibió al tiempo de la fundacion, el cual modo es el mas sencillo y natural, pues lo es el que cada cosa se disuelva del mismo modo que se contrajo. Es libre, pues, el deudor de algun censo redimible para volver el precio que recibió al acreedor, y de este modo estinguir el censo, no solo entregando la cantidad del todo en una vez, sino tambien por partes, aun cuando no quiera el acreedor, segun opinan varios autores; y la razon que tie-

(1) L. 6. tít. 15. lib. 4.

nen es, porque las estravagantes de Martino V y Calisto III, que son bastante recomendables en esta materia, como que son las primeras disposiciones que dieron forma á estos contratos, establecen que se pueda hacer la redencion por partes. Mas porque por el nombre de parte de que usan dichas estravagantes se significa la mitad, y la facultad de redimir el censo por partes es contraria á la doctrina comunmente recibida en materia de pagas, en donde se asienta que la paga no se puede hacer por partes contra la voluntad del acreedor, es muy probable, como opinan algunos, que no es lícito al deudor de censo redimir parte menor que la mitad del capital.

A mas de esto asientan varios autores que no solo se puede hacer la redencion del censo por partes, sino que ni aun valdria el pacto de lo contrario, si no es que este gravámen se recompense con dar mayor precio del que tasan las leyes. La razon que tienen es, porque semejante pacto, como mas gravoso al acreedor, disminuye el precio dado, lo cual prohiben severamente nuestras leyes, cuya razon, como que es de bastante peso, debe servir para improbar todos aquellos pactos que por ser demasiadamente molestos y gravosos producen el mismo efecto de disminuir el precio, lo que se deberá tener presente en esta materia para que no se haga algun contrato ilícito ó usurario.

Finalmente, se debe advertir que la naturaleza del censo no permite que al acreedor se conceda facultad de obligar al deudor á redimir el censo cuando se le antoje pedírselo, pues admitido esto, el censo degeneraria sin duda alguna en contrato de mútuo, en el cual, pasado algun tiempo, se puede pedir la cantidad dada para cierto uso, de lo que resultaria que las pensiones que se pagasen serian usurarias, por no provenir de censo, sino de mútuo, en el cual está rigorosamente prohibido llevar algo sobre la suerte principal.

TÍTULO XXVII.

DE LA COMPAÑÍA.

El cuarto contrato consensual es la compañía. Pero antes de que veamos su definicion es menester distinguirla de la comunicacion de cosas que tiene alguna semejanza con ella. Se distinguen, pues, en que la compañía es contrato, y la comunicacion de cosas *cuasi contrato*, y asi para aquella se requiere consentimiento verdadero, y esta puede acaecer aun invitas las partes, v. gr., si se dona á Ticio y á mí una casa. Del contrato de compañía nace accion de su mismo nombre, que es meramente personal; mas de la comunicacion de cosas nace la accion llamada *communi dividundo*, que es mista de real y personal. Supuesta esta distincion, veamos ahora la definicion de este contrato.

Es, pues, la compañía *un contrato consensual por el cual convienen entre sí los contrayentes en comunicarse sus bienes ó sus obras para utilidad comun* (1). Decimos que es un *contrato consensual*, porque se perfecciona por solo el consentimiento, sin que sea necesaria escritura ni otra cosa, de suerte que habrá compañía luego que dos ó mas personas convengan en juntar su dinero, industria, trabajo ú otra cosa de precio estimable para su comun lucro, aun cuando no se haya verificado la tradicion.

La compañía se divide en universal, general y singular. La primera se verifica cuando los socios convienen en comunicarse todos sus bienes, tanto los presentes como los futuros, por cualquier títulò que sean adquiridos. Tal era la sociedad establecida entre los primeros cristianos que habia hecho comunes todos sus bienes, de suerte que ninguno

(1) L. 1. tít. 10. Part. 5.

tenia cosa que fuese suya solamente (1). General se llama la sociedad cuando los socios se comunican entre sí todo lo que adquieren por el comercio, mas no lo que les venga de otra parte, ó por beneficio de la fortuna. Tal es la sociedad conyugal. Finalmente, compañía singular es aquella que se reduce á bienes y negocios señalados (2); y esta es frecuentísima entre los comerciantes.

La compañía se contrae por el consentimiento de los socios, segun hemos esplicado ya. Infiérese, pues, de aqui: lo 1.º que vale la compañia desigual (3); y asi, v. gr., si Ticio lleva á la compañia veinte mil pesos, y Sempronio solo diez mil, será tan válida como si cada uno llevase partes iguales. De la misma manera será legítima la compañia aunque uno solo ponga el capital, y el otro su trabajo ó industria solamente. Pero acerca de esto se debe advertir que las obras á que se obligan el socio ó socios han de ser lícitas y honestas, de otra suerte no valdrá la compañía (4); y asi, si uno de los socios promete emplearse en engañar á los compradores, ó en defraudar los tributos ó alcabalas, aunque logre grandes aumentos de esta manera, no habrá contrato de compañía (5). Finalmente, no es válida la sociedad llamada leonina, en la cual se pacta que toda la utilidad sea para uno, y nada de pérdida, ó al contrario (6), y se le dió este nombre con alusion á la fábula de Fedro (7), en la cual se cuenta que habiendo hecho compañía un leon con el asno y la zorra para cazar, se llevó él solo toda la presa.

(1) Act. Apost. cap. 4. v. 32.
(2) L. 3. tít. 10. Part. 5.
(3) L. 4. tít. 10. Part. 5.
(4) L. 2. del mismo tít.
(5) Arg. de la ley ya citada.
(6) L. 4. al fin, tít. 10. Part. 5.
(7) Fábula 5. lib. 1.

No obstante lo dicho, si alguno ó algunos de los socios fueren mas hábiles, ó estuvieren mas instruidos en el manejo y direccion de aquel negocio en que han de comerciar, ó tuvieren mayor trabajo, ó se espusieren á mayores riesgos que los consocios, podrán pactar que les toque mas parte en la utilidad, ó que si hubiere pérdida no les dañe, el cual pacto en estas circunstancias será válido (1).

Síguese ver la obligacion que tienen los socios, la cual se reduce á dos capítulos. 1.° Que un socio para con otro está obligado á prestar cierta diligencia en el cuidado de la cosa comun. 2. Que la utilidad y el daño se divida con equidad entre todos los socios. Por lo que hace á la primera obligacion, se debe notar que el socio está obligado á la culpa leve; pero con esta advertencia, que para computar dicha culpa leve no se considera la diligencia que suele poner un buen padre de familias cuidadoso de sus cosas, sino la que el socio pone en sus propios negocios (2). La razon es, porque á sí mismo se debe imputar su daño ó pérdida el socio que contrajese con un hombre descuidado ó negligente.

Es tanta la union que debe haber entre los socios, que el derecho quiere se vean como hermanos; y asi les concede el beneficio de competencia, esto es, que por razon de deuda no pueda el uno reconvenir al otro mas que en lo que pueda, quedándole lo preciso para mantenerse (3). A mas de esto si alguno de los socios tomase alguna cosa de la compañía sin noticia de los demas, no debe ser reconvenido por razon de hurto, á no ser que hubiese pruebas evidentes de ello (4).

La otra obligacion de los socios consiste en la igual di-

(1) L. 4. tít. 10. Part. 5.
(2) L. 7. al fin, tít. 10. Part. 5.
(3) L. 15. tít. 10. Part. 5.
(4) L. 17.

vision de la utilidad y del daño. Pero esto no tiene lugar en la sociedad universal, en la cual no se requiere igualdad; y asi, si Ticio tiene de caudal cincuenta mil pesos, y Mevio doce mil, y aquel necesita de gastar dos mil pesos todos los años para el sustento de su familia, y este tres mil, ninguno se puede quejar de la desigualdad del gasto, habiendo contraido compañía universal. Mas en la sociedad singular sin duda alguna se debe guardar igualdad, con estas distinciones: 1.ª Que si al tiempo de celebrar el contrato determinaron la parte de utilidad y de daño que les debe tocar, esto es lo que valdrá, aunque las partes sean desiguales (1). Mas si nada se pactó antes se guardará proporcion geométrica, esto es, cuanto mas de capital puso uno, tanto mas llevará de utilidad y de daño (2). Esta proporcion la sacan los aritméticos con la regla que llaman de compañía; v. gr., si Ticio puso diez y ocho mil, Mevio nueve mil, y Sempronio tres mil, y con toda esta suma ganaron quince mil, ¿cuánto le tocará á cada uno?

Si uno de los socios pone el dinero ó la materia, y otro el trabajo, participará de la ganancia segun el pacto que preceda, el cual deberá dar la ley; pero disuelta la sociedad nada tomará de la suerte principal, porque nada puso de suyo.

Hemos dicho de qué modo se contrae la compañía, y las obligaciones de los socios: veamos ahora cómo se disuelve. Para esto hay muchos modos. 1.º Por muerte aunque sea de uno de los socios, y ya sea natural ó civil (3). 2.º Otro modo es el mútuo disentimiento, por ser cosa muy natural que se disuelva un contrato del mismo modo que se celebró. 3.º El tercer modo es la renuncia de alguno de

(1) L. 4. tít. 10. Part. 5.
(2) L. 3. del dicho tít.
(3) L. 10. tít. 10. Part. 5.

los socios; pero si ésta se hizo antes del tiempo convenido, ó antes de fenecerse el negocio para que se formó la compañía, debe satisfacer á los otros los daños y perjuicios ocasionados por este motivo (1) (*).

Esta renuncia no debe ser dolosa, pues probada tal se hacen comunes las ganancias desde aquel dia entre los otros, y las pérdidas son particulares al que renunció con engaño (2). 4.º El cuarto modo es por acabarse el negocio á cuyo efecto se contrajo la sociedad, ó el tiempo porque se contrajo. 5.º El quinto es, por hacer cesion de bienes uno de los socios hallándose cargado de deudas. 6.º El sesto por destruccion de la cosa que era objeto de la compañía (3). Y el último por mala condicion ó genio de uno de los socios, ó por no guardarse los pactos del contrato (4).

La accion que nace de este contrato se llama *pro socio*, porque de un contrato nominado, cual es la compañía, debe nacer accion de su mismo nombre. Es directa por ambas partes, porque segun la naturaleza del contrato, desde el principio queda obligado un compañero al otro; y asi se da esta accion á cada uno, á efecto de conseguir del otro todo aquello á que está obligado por razon de este contrato.

(1) L. 11. tít. 10. Part. 5.

(*) Este modo de disolverse es particular en el mandato y sociedad, en cuyos contratos puede uno apartarse de la obligacion invito el otro. En el mandato es la razon porque se elige la industria de la persona, y si esta no se encuentra en la elegida es necesario revocarlo. En la sociedad ademas de esta milita otra razon, y es porque este contrato es orígen de muchas discordias, y asi las leyes favorecen la libertad de cada socio antes que dar ocasion á pleitos y mayores daños. A que se agrega que de ningun provecho seria á los demas de la compañía el tener un socio contra su voluntad.

(2) L. 12. tít. 10. Part. 5.

(3) L. 10. tít. 10. Part. 5.

(4) L. 14.

APÉNDICE.

DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

Esta compañía, que es especial en el reino de España, se introdujo con atencion á la union íntima é indisoluble que proviene del matrimonio. Nace, dura y se estingue con él, sin que tenga lugar en otros que entre el marido y muger legítimos.

Dicha compañía, establecida por las leyes (1), hace que se comuniquen por mitad entre los dos cónyuges todos los bienes que adquieren ambos durante el matrimonio (2). Diferénciase esta compañía de las demas por la causa que la produce, la cual no es la convencion, sino la ley. Fuera de esto la sociedad conyugal, á distincion de las otras, no comprende los bienes adquiridos por los cónyuges antes del matrimonio, sino solamente los que ganaren despues, y aun de estos se esceptúan algunos, como veremos mas adelante.

En fuerza de esta sociedad todos los bienes que tuvierón y poseyeron marido y muger durante el matrimonio son y deben reputarse de ambos por mitad, salvo los que cada uno justificare ser suyos separadamente (3). A mas de esto, todo lo que ganaren ó compraren en dicho tiempo lo deben haber por mitad, aun cuando fuese donacion que el Rey les haya hecho á ambos; pero no si fuese hecha á uno solo (4). Tiene lugar esta particion de ganancias y utilidades aun en el caso de que el marido tenga mas bienes de patrimonio que la muger, ó ésta mas que aquel; pero siem-

(1) Todo el tít. 9. lib. 5. Rec.

(2) Ll. 4 y 5. tít 9. lib. 5. Rec., y leyes 1. y 3. tít. 3. lib. 3. del Fuero Real.

(3) L. 1. dicho tít. 9. lib. 5. Rec.

(4) L. 2. tít. 9. lib. 5. Rec.

pre quedará la propiedad de donde vinieren los frutos, en aquel cuya fuere, ó sus herederos (1).

Asimismo las mejoras que se encontraren en cualesquiera bienes de marido ó muger al tiempo de la separacion de su matrimonio, desde el dia que lo contrajeron, asi industriales como naturales (que son las que el tiempo les hubiere dado), son comunicables entre marido y muger como bienes gananciales (*).

Pero hay varios casos en que no se comunican á los casados todos, ó algunos de los bienes que adquieren durante el matrimonio. El 1.º es por divorcio, pues en este caso el que hubiere dado motivo á él nada participará de las ganancias (2). El 2.º cuando cometen delito de lesa-magestad, ú otro por el que segun derecho deben perderlos, ó se apartan de la religion católica; pero en estos casos solo el delincuente perderá su mitad, y se reputan por gananciales todos los aumentos hasta que por el crímen se declaran por perdidos, aunque éste sea de tal calidad que *ipso jure* incurra en la pena el que lo comete (3). Mas si la muger cometiere adulterio, ó se volviere mora ó judía, ó de otra secta, no solo perderá los gananciales, sino su dote y arras (4). Lo mismo se deberá decir en el caso de que con-

(1) L. 4. tít. 9. lib. 5. Rec.

(*) Aunque el autor computa el aumento intrínseco de las cosas en la clase de bienes superlucrados para su division entre el marido y la muger, la sentencia mas comun y corriente es que el tal aumento cede á favor del dueño de la cosa: no proviene por industria ó trabajo, sino por el tiempo Proviene de causa anterior, que es el dominio particular é inseparable de la especie, y sigue al señor de la misma. Asi se esplica el Salas en su apéndice de societate legali inter conjuges, tít. 26. lib. 3. de sus comentarios á la instituta, y concuerdan Matienzo, Gomez, Covarrubias, Gutierrez y Molina en los lugares que cita.

(2) Gomez en la ley 50. de Toro, n. 72.

(3) Ll. 10. y 11. tít. 9. lib. 5. Rec., y 6. tít. 26. Part. 7.

(4) Ll. fin. tít. 2. lib. 3. del Fuero Real., 23. tít. 11. Part. 4., 5. tít. 17., 6. tít. 25. Part. 7., y 11. tít. 9. lib. 5. de la Rec.

tra la voluntad de su marido se vaya á la casa de algun hombre sospechoso, porque se presume adúltera (1).

El 3.º cuando uno de los dos adquiere algunos bienes por donacion que separadamente le haya hecho el Rey ú otro alguno, ó por sucesion, por testamento ó abintestato de sus parientes (2). El 4.º cuando son castrenses, ó provienen de salario ó estipendio militar; pero si estos los adquirieren ó sirvieren á espensas de ambos, serán comunes, porque son frutos suyos, y estos, de cualquier calidad que sean, se comunican entre los casados (3). El 5.º cuando el marido enagena, constante el matrimonio, algunos de los gananciales ó todos, lo que puede hacer sin consentimiento ni licencia de su muger, no siendo castrenses ni cuasi castrenses, por no tener ésta uso de su dominio hasta que su marido muere (4). Mas si por la enagenacion se prueba que la hace con dolo por damnificarla, se la comunicarán, pues tiene accion para repetir su mitad, justificando el dolo con que procedió el marido.

El 6.º cuando la muger vive deshonestamente estando viuda, pues por esto pierde los gananciales, debe restituirlos á los herederos de su marido, y viene á ser lo mismo en efecto que si no los hubiera adquirido (5). El 7.º cuando la muger renuncia los gananciales antes ó despues de haberse casado (6). El 8.º cuando el marido hace reparos y mejoras en la fortaleza y cercas en las ciudades, villas, lugares, casas y heredamientos de su mayorazgo; pues la muger, sus hijos, herederos y sucesores no tienen derecho á pedir la mitad de ellas, que como gananciales debia to-

(1) L. últ. tít. 2. lib. 3. del Fuero Real., y 15. tít. 17. Part. 7.
(2) Ll. 1. y 3. tít. 9. lib. 5. Rec.
(3) L. 5. de dicho tít.
(4) L. 5. tít. 9. lib. 5. de la Rec.
(5) L. 5. y 11. tít. 9. lib. 5. Rec.
(6) L. 9. del mismo tít.

turaleza y muestran lo que es justo acerca de él: sea, pues, la 1.ª El mandato solo requiere el consentimiento de ambos contrayentes; y es la razon, porque, como hemos dicho, es contrato consensual. Pero es necesario añadir dos cosas: la una que regularmente se exige que el mandato esté reducido á escritura; mas no porque esto sea necesario para su valor, sino porque de otra suerte no constaria á la otra parte que uno era verdadero apoderado: la otra es, que la ratihabicion se tiene por consentimiento, y se retrotrae al principio del negocio que se practicó sin mandato.

2.ª El mandato no puede tener efecto sino en cosas lícitas, y asi no producirá obligacion siempre que se verse sobre alguna cosa que sea contra las buenas costumbres (1); v. gr., si alguno mandase á un ladron que mate á Cayo; pues aunque éste acepte el mandato, no quedará obligado á ejecutar la muerte. 3.ª El mandato no admite paga estipulada, porque degeneraria en locacion; pero sí admite honorario; y de aqui es que los procuradores del número que hay en los tribunales superiores son verdaderos mandatarios, aunque no se encarguen de los asuntos gratis. 4.ª Nada vale lo que obra el mandatario que escede los términos del mandato; pero sí tiene accion á todo aquello en que no hubo esceso (2). 5.ª El mandatario por lo regular no puede sustituir, si no es que se le conceda esta facultad. La razon es, porque el que manda escoge la industria de la persona, la cual no se encuentra siempre del mismo modo en el sustituto. 6.ª El mandatario está obligado á poner toda aquella diligencia que requiere el negocio de que se encomienda; y asi deberá aun la exactísima, siempre que admita la administracion de un

(1) L. 25. tit. 12. Part. 5.

(2) Arg. de la ley 16. tit. 12. Part. 5.

negocio que con menos diligencia no producirá el efecto que desea el mandante (1).

El mandato acaba de varios modos, que fácilmente se coligen de su naturaleza. El 1.º es por mutuo disentimiento, pues no hay cosa mas natural que todo se disuelva del modo que se ligó. 2.º Por revocacion del mandato, lo cual puede hacer el mandante sin causa alguna antes de comenzarse el negocio, y aun despues de comenzado, si no es en el caso de que, ó la parte contraria ó el mandatario mismo lo contradiga reputándose infamado por la revocacion; en cuyo caso, ó no se deberá revocar, ó deberá alegarse justa causa, cuales son las que asigna la ley citada (2). Mas para evitar pleitos con la manifestacion de las causas, y toda sospecha de injuria, en la práctica se hace la revocacion diciendo *que se revoca el poder dado á fulano, dejándolo en su buena opinion y fama, y sin ánimo de injuriarlo*; con cuya cláusula no puede alegar que se le agravia, ni el mandante tiene necesidad de espresar las causas (3). 3.º Por renuncia hecha por el mandatario, para la cual se requiere justa causa, aun cuando se haga antes de principiar el negocio (4). 4.º Por muerte del mandante. Mas en los mandatarios ó procuradores establecidos para pleitos está determinado que tanto por muerte del mandatario, como del que manda, se acabe el poder, siempre que la muerte acontezca antes de la contestacion del pleito; pero si el mandatario usa del poder antes que muera el poderdante, y la demanda está contestada, no espira su potestad, por lo que puede continuar el pleito hasta el fin, aunque sus herederos no lo ratifiquen, con tal que no

(1) Ll. 26. tít. 5. Part. 3., y 20. tít. 12. Part. 5., y en ella Gregorio Lopez, glosa 5.

(2) L. 24. tít. 5. Part. 3.

(3) Febr., lib. de escrib., cap. 11. §. 1. n. 22.

(4) L. 24. tít. 5. Part. 3.

constituyan otro apoderado (1). De donde se infiere que despues de puesta ó contestada la demanda se le tiene por dueño de la instancia, y con él debe sustanciarse hasta que se sentencie. Si el apoderado fallece antes de demandar ó contestar, se acaba el mandato; pero ya contestado deben sus herederos seguir el pleito en caso de ser idóneos (2).

Falta esplicar las acciones que nacen de este contrato. Estas son dos, directa y contraria por ser bilateral. La directa se da al mandante contra el mandatario, que es el que primeramente se obliga, para que cumpla el negocio pactado, y dé cuentas de su administracion. La contraria se da al mandatario contra el que le mandó, como obligado despues, para indemnizarse de los gastos que haya tenido en la ejecucion del mandato.

TÍTULO XXIX.

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DEL CUASI CONTRATO.

Habiendo tratado ya de los contratos verdaderos, síguese ahora tratar de los cuasi contratos. Estos son *unos hechos lícitos por los cuales quedan obligados aun los ignorantes, en virtud de un consentimiento que el derecho presume atendida la equidad*. Deben ser *hechos lícitos*, porque de los torpes ó ilícitos no nace obligacion de esta naturaleza. Se añade que la obligacion nace en virtud de un consentimiento presunto ó ficto, porque esta es la diferencia que hay entre los contratos verdaderos y los cuasi contratos, que para aquellos se requiere consentimiento verdadero, y estos nacen de presunto ó fingido por el derecho. Mas como las leyes nada fingen sin fundamento, esta ficcion la tiene en la equidad y utilidad; y asi daremos tres

(1) L. 23. tít. 5. Part. 3.

(2) Dicha ley 23. en el medio.

reglas, de las cuales se infiere cuándo el derecho puede fingir que alguno ha consentido.

1.ª *Todo hombre se presume que consiente en aquello que le trae utilidad.* De este fundamento nace la obligacion que el pupilo tiene de indemnizar al tutor de los gastos hechos en la tutela, aun no siendo capaz de consentir por ser infante.

2.ª *Ninguno se presume que quiere enriquecerse con daño de otro.* De este fundamento nace la obligacion que tiene de restituir aquel á quien se ha pagado algo indebidamente.

3.ª *El que quiere lo que antecede no debe dejar de querer lo que es consiguiente.* Por esta regla queda obligado el maestre de un navío á pagarme el daño que se haya causado á mis cosas, habiéndolas recibido para transportármelas.

Aunque son muchos los cuasi contratos, aqui solamente trataremos de los principales, que son seis. 1.º La administracion de negocios agenos. 2.º La tutela. 3.º La herencia. 4.º La comunion de cosas. 5.º La aceptacion de la herencia. 6.º La paga indebida.

1.º El primer cuasi contrato es la administracion de negocios agenos. Mas para que se entienda perfectamente qué cosa es, daremos su definicion, y la esplicaremos consecutivamente. Es, pues, *un cuasi contrato por el cual uno recibe gratis la administracion de algun negocio estrajudicial de otro, ignorándolo él* (1). Se dice que es *un cuasi contrato*, porque si interviniese consentimiento verdadero y efectivo de ambas partes, éste que de su voluntad manejaba el negocio ageno, se llamaria mandatario ó procurador, no *negotiorum gestor.* Se dice que se toma la administracion de algun negocio de otro *ignorándolo él*, porque si el otro tiene noticia de lo que se hace, y calla permitien-

(1) L. 26. tít. 12. Part. 5.

do que prosiga, será *mandato tácito.* Se añade que ha de ser *negocio estrajudicial*, porque si uno se ofrece á responder por otro en juicio se llama *defensor*; y de aqui es que la muger puede hacer este cuasi contrato, y no puede pedir en juicio por otro. Finalmente, debe ser de *su voluntad y gratis*: de otra suerte será esta administracion un negocio innominado, que ni será locacion ni contrato *do ut des*, pues el ignorante no ha consentido en dar paga.

De este cuasi contrato nace una recíproca obligacion entre el administrador y el ausente, ó por decirlo mas bien, tiene sus peculiares obligaciones cada uno de los dos, las que veremos aqui.

Las obligaciones del administrador son tres. La 1.ª es administrar el negocio ageno utilmente, pues en tanto obliga al ausente é ignorante, en cuanto le promueve su utilidad (1). De aqui es que si uno hizo gastos en la cosa de otro que solo son para deleite y recreacion, no tendrá accion contra él para indemnizarse (2). Pero si el *negotiorum gestor* hizo gastos que parecia que efectivamente promovian la utilidad del otro, y despues no resultó ser asi, con todo eso tiene accion para recobrarlos (3). 2.ª El administrador de negocios agenos por lo regular está obligado á prestar la culpa leve, esto es, á poner hasta la diligencia media (4). Mas algunas veces estará obligado hasta la levísima, como en el caso de que hubiese otro mas diligente que se ofreciese á administrar el negocio (5). Otras veces solo estará obligado á la culpa lata, como si administrase el negocio de otro que estaba del todo abandonado, de suerte que á no hacerlo él se hubiera perdido (6). Finalmente,

(1) Ll. 26. y 29. tít. 12. Part. 5.

(2) L. 26. v. E por ende, tít. 12. Part. 5., y la 29. del mismo tít.

(3) L. 28 del mismo tít. y Part.

(4) Arg. de la ley 30. tít. 12. Part. 5.

(5) L. 34. del mismo tít.

(6) L. 30. ya citada.

puede quedar obligado aun al caso fortuito; y esto seria si el administrador se metiese en un negocio peligroso, de aquellos que no acostumbraba hacer el ausente, como si entablase comercio marítimo y pereciese la nave, ú otro semejante; pues en todo caso la pérdida será para solo el *negotiorum gestor* (1). 3.ª El administrador de cosas agenas está obligado á dar cuentas al dueño de lo que haya producido el negocio, deducidas las espensas (2).

Las obligaciones del ausente son otras tres. 1.ª El administrador de negocios obliga no solo al ignorante, sino aun al que ha de nacer, al furioso, y aun en caso de errar en la persona, como si administrase un negocio de Cayo creyendo que era de su amigo Ticio (3). La razon es, porque aqui no se requiere verdadero consentimiento, sino que basta para obligar á otro que se haya promovido su utilidad, y nadie duda que ésta se puede promover en favor del ignorante, furioso, ó del que está por nacer. 2.ª No cesa la obligacion del ausente si la utilidad promovida pereciere por caso fortuito; v. gr., si yo reedifiqué ó reparé la casa de Ticio que amenazaba ruina, éste queda obligado á pagarme los gastos hechos, aunque despues la dicha casa perezca por un incendio. La razon es, porque en los contratos por lo regular no se presta el caso fortuito. 3.ª Finalmente, el ausente queda obligado á indemnizar al administrador de los gastos hechos en su utilidad (4). La razon es la segunda regla ya dada, que ninguno se presume que quiere enriquecerse con daño de otro.

Las acciones que nacen de este cuasi contrato son dos: una directa y otra contraria. La primera se da al ausente contra el que administró sus negocios para que dé cuentas,

(1) L. 33. tít. 12. Part. 5.
(2) L. 31.
(3) L. 31. tít. 12. Part. 5.
(4) L. 28. tít. 12. Part. 5.

resarza los daños si los hubiere causado, y para todo lo demas á que hemos dicho está obligado el *negociorum gestor*. La segunda compete al administrador contra el ausente para que lo indemnice de las impensas necesarias y útiles &c.

2.º El segundo cuasi contrato es la tutela. Esta se puede considerar de diversos modos: respecto de la república es cargo público: respecto del pupilo que está bajo de ella es una cualidad de los hombres que no estan bajo de potestad, de los cuales unos estan bajo de tutela ó curatela, y otros á nada de esto estan sujetos. Pero si consideramos la obligacion que resulta entre el tutor y el pupilo, veremos que nace de un cuasi contrato, porque aunque el pupilo no se puede obligar directamente ni consentir en cosa alguna, con todo, aqui se presume que consiente segun la regla primera dada arriba: *todo hombre se presume que consiente en lo que le trae utilidad.*

La accion que nace de este cuasi contrato se llama accion de tutela, la cual es, ó directa ó contraria. La primera intenta el pupilo, y la segunda el tutor: aquel para que se le den cuentas de la administracion, y para que se le resarzan los daños si los ha habido: éste para que se le indemnice. Estas mismas acciones, cuando se intentan por el menor contra el curador, ó por el curador contra el menor, se llaman útiles, porque todas aquellas acciones que no nacen de las palabras literalmente tomadas de las leyes, sino de interpretacion sacada de su espíritu, se llaman útiles. Finalmente, estas acciones no se deben confundir con la que se da contra el tutor sospechoso, ni contra el que dió malas cuentas, pues aquellas nacen de cuasi contrato, y éstas de delito.

3.º y 4.º El tercer cuasi contrato es la herencia, y el cuarto la comunion de cosas. Propiamente hablando, una y otra son derecho en la cosa, esto es, un derecho here-

ditario, y un dominio comun ó que pertenece á muchos; pero la administracion de una hacienda ó de otra cosa comun es cuasi contrato, porque el que administra se presume que consiente en dar cuentas con exactitud, y en hacer á su tiempo la division (1), siendo constante que quien quiere lo que antecede debe querer lo que es consiguiente. Asimismo aquel de quien es la herencia ó cosa que se administra, se finge que consiente y se obliga á indemnizar al administrador, porque ninguno debe enriquecerse con detrimento de otro (2).

5.º El quinto cuasi contrato es la aceptacion de la herencia. El heredero, pues, por este acto cuasi contrae con los legatarios y fideicomisarios, y se presume que se obliga á pagarles sus legados y fideicomisos (3). Mas á los acreedores del difunto queda obligado en virtud del contrato mismo porque se obligó él, pues representa en todo su misma persona.

La accion que nace de este cuasi contrato se da á los legatarios y fideicomisarios, y á todos aquellos á quienes se debe algo por el testamento contra el heredero que aceptó la herencia, para que les pague cualquiera cosa que les toque en su virtud con sus frutos y accesiones.

6.º El último es la paga indebida, la cual es *un cuasi contrato por el cual uno que por error de hecho ha pagado algo que ni aun naturalmente debe, se presume que obliga al otro á la restitucion de lo que por ignorancia recibió* (4). Se dice que es un cuasi contrato, porque como ninguno se presume querer enriquecerse con detrimento de otro, el que recibe queda obligado á la restitucion de la misma manera que si hubiere recibido á mútuo.

(1) Principio del tít. 15. Part. 6., y l. 6. del dicho tít.
(2) Dicha ley 6. al fin.
(3) L. 3. tít. 9. Part. 6.
(4) L. 28. tít. 14. Part. 5.

Mas para que haya lugar á la repeticion de lo pagado indebidamente se requieren tres cosas, que se deducen de la definicion dada, estas son: 1.ª en el que paga ignorancia: 2.ª que lo pagado no se debe; y 3.ª en el que recibe buena fé. Por lo que hace á lo primero, hemos dicho que en el que paga se requiere ignorancia, porque si á sabiendas paga lo que no debe, se presume que dona (1). Mas la ignorancia puede ser de derecho ó de hecho: el que paga por ignorancia de derecho no puede repetir en castigo de faltar á la obligacion que todos tienen de saber las leyes, si no es que sea soldado, muger menor de 25 años, ó labrador, que estan escusados (2). El que pagó por ignorancia de hecho tiene repeticion, porque en esto puede cualquiera padecer engaño (3).

Se requiere en segundo lugar que la paga sea indebida. Mas una cosa puede ser indebida, ó porque aunque se debe naturalmente no se debe por derecho civil, ó porque aunque se debe por este derecho no se debe por el natural, ó porque de ningun modo se debe. En el primer caso no se puede repetir lo pagado, porque el que recibió tiene justo derecho de retencion (4), lo cual no sucede en los dos posteriores, y por eso se concede repeticion.

Finalmente, en el que recibe ha de haber buena fé, pues si sabe que nada se le debe, y con todo recibe, es ladron, aunque por ser esto dificil de probar no se le reconvendrá con la accion de hurto, sino con la de este cuasi contrato, que se llama condicion ó accion para cobrar lo pagado indebidamente.

(1) L. 30. tít. 14. Part. 5.
(2) L. 31. tít. 14. Part. 5.
(3) Arg. de la ley 31 ya citada.
(4) Arg. de dicha ley 31.

TÍTULO XXX.

POR MEDIO DE QUÉ PERSONAS SE ADQUIERE LA OBLIGACION.

Este título es el mismo que el IX del libro II, pues por las mismas personas por quienes adquirimos las cosas adquirimos las obligaciones, por lo cual se omite tratar de él por no haber otra cosa que añadir.

TÍTULO XXXI.

DE LOS MODOS DE DESATARSE LAS OBLIGACIONES.

Hemos concluido ya la materia de contratos; mas como no solo importa saber cómo se contraen las obligaciones, sino tambien cómo se disuelven despues de contraidas, síguese ahora tratar de esto en el último título de este libro.

Toda obligacion se quita, ó *ipso jure*, ó mediante alguna escepcion. Se dice quitarse una obligacion *ipso jure*, cuando el modo de disolverla surte su efecto desde el instante en que existe, sin necesidad de que se oponga escepcion alguna; v. gr., en la compensacion. Por el contrario: se quita la obligacion mediante escepcion, cuando no se disuelve hasta el momento en que se opone; v. gr., la deuda contraida por un hijo de familia que recibió á mútuo. En este título se trata de los modos de disolverse la obligacion *ipso jure*. Estos son de dos maneras, ó comunes á todos los contratos, ó propios y peculiares de alguno; v. gr., la paga es comun á todos los contratos; y asi de este modo se acaba la obligacion del mútuo, comodato, compra &c. Por el contrario: por el mútuo disentimiento solo se desatan los contratos consensuales: la razon es, porque no hay cosa mas natural como que todo se disuelva del modo que

se unió. Los modos comunes de disolverse los contratos son seis: 1.° la solucion ó paga: 2.° la compensacion: 3.° la confusion: 4.° la oblacion y consignacion: 5.° la destruccion de la cosa; y 6.° la novacion (1). Entre los propios no contaremos mas que el mútuo disenso, porque el darse por recibido de la cosa que llamaban los antiguos acceptilacion, puede tener entre nosotros lugar en todos los contratos.

El primer modo de quitarse cualquiera obligacion es la solucion ó paga, la cual es *una verdadera entrega de aquello que se contiene en la obligacion* (2). Se requiere una verdadera entrega para que se distinga de la compensacion, porque aunque dice un proloquio de derecho que *compensar es pagar*, se entiende en cuanto al efecto, el cual es el mismo que cuando realmente se paga. Pero hablando en rigor, la compensacion no es la paga de que aqui hablamos, porque no se presta materialmente lo que en virtud de la obligacion se debe.

Pueden pagar todos aquellos que tienen la libre administracion de sus bienes. De donde se sigue que el pupilo es incapaz de hacer paga. Mas para el valor de la paga importa poco que uno pague por sí ó por otro, ya sea ignorante ó invito (3), pues siempre se estingue la obligacion. Es verdad que el que paga por uno que contradice no tiene accion contra él por la cantidad que paga; pero la tendrá si el acreedor le cede sus derechos. A mas de esto la paga se debe hacer de aquello que precisamente se debe, y no una cosa por otra, si no es que consienta el acreedor (4). En tercer lugar se debe pagar toda la deuda de una vez, y ninguno debe ser forzado á recibir paga hecha

(1) L. 2. tít. 14. Part. 5.

(2) Ll. 1. y 5. tít. 14. Part. 5.

(3) L. 3. al fin. v. E non tan solamente, tít. 14. Part. 5.

(4) Dicha ley 3. en el principio.

por partes, por varios inconvenientes que traen estas pagas. Uno de ellos es la facilidad con que se disipa el dinero recibido en porciones menudas. Se debe tambien pagar en el lugar y tiempo que se trató, y el que paga mas tarde, ó de otra suerte de como se convino, queda obligado á pagar á su acreedor los daños y perjuicios (1).

Finalmente, el efecto que produce la paga hecha como hemos insinuado es estinguir al momento toda la obligacion del deudor para con su acreedor, y como cesando la obligacion principal deben tambien cesar las accesorias, se sigue que quedan tambien libres los fiadores, prendas é hipotecas, si las hubiere (2).

El segundo modo comun á todas las obligaciones es la compensacion, la cual no es otra cosa que contrapesarse la obligacion del deudor con la del acreedor (3). Veamos ahora sus requisitos y sus efectos. Los requisitos son tres. 1.º Que una y otra deuda sea eficaz, líquida y pura; porque una deuda eficaz ó innegable no se puede compensar con otra ineficaz, ó acerca de la cual se pueden oponer escepciones, como tampoco una líquida y determinada con otra ilíquida, ni una pura con otra condicional, porque en todos estos casos es incierto si se debe, ó á lo menos cuánto se debe (4). El 2.º que una y otra deuda tengan estimacion determinada; por lo cual un género con otro no se puede compensar; v. gr., Ticio me debe un libro, y yo á él un caballo, en este caso no podrá tener lugar la compensacion. El 3.º que uno mismo sea deudor y acreedor; y asi, si mi hermano debe á Ticio cien pesos, y yo le debo á él otros tantos, no podrá haber compensacion,

(1) Ll. 3. y 8. tít. 14. Part. 5.
(2) L. 1. tít. 14. Part. 5.
(3) L. 20. del mismo tít.
(4) Dicha ley 20. al fin.

porque no es uno mismo el deudor y el acreedor (1). El efecto de la compensacion es el mismo que el de la paga; pero si las deudas son de diversa cuantidad, la deuda mayor se disminuye todo aquello que importa la menor; v. gr., Ticio me debe mil pesos, y yo á él seiscientos, en este caso por la compensacion se disminuye la deuda de Ticio á cuatrocientos pesos, los cuales solamente tendrá que pagarme.

El tercer modo de quitarse la obligacion es la confusion, por la cual entendemos aqui el caso en que se junten en una misma persona los derechos de acreedor y de deudor. Que en este supuesto se desata la obligacion es claro, porque ¿quién podrá ser deudor y acreedor de sí mismo? Este caso se puede figurar en la herencia; v. gr., Ticio me debe mil pesos: al tiempo de su muerte me instituye por heredero en su testamento: si yo acepto la herencia, por el mismo hecho me hago acreedor de mí mismo, porque como heredero sucedo en todos los derechos y obligaciones del difunto. Lo mismo puede suceder en la sociedad universal, y tambien se acabará la obligacion.

El cuarto modo por el cual se puede quitar toda obligacion es la oblacion y consignacion de la deuda. Este tendrá lugar siempre que el acreedor sea moroso en recibir la cantidad adeudada, ó porque no quiere, ó porque no puede; v. gr., uno me vendió á mí una casa en diez mil pesos con calidad de reconocerlos á usura mientras no se los pagase: pasado algun tiempo le ofrezco el dinero, y él no lo quiere recibir por continuar percibiendo las usuras: en este caso puedo usar de la oblacion y consignacion. Esta, pues, es un modo de quitarse la obligacion por presentar el deudor al juez, y depositar toda la suma que debe á su acreedor, á quien la ha ofrecido en lugar y tiempo conve-

(1) L. 21. tít. 14. Part. 5.

niente, y no ha querido ó no ha podido recibírsela (1). Se requiere, pues, que se haya ofrecido el dinero al acreedor en tiempo y lugar conveniente, y que éste no lo haya recibido; y que dicho acreedor sea citado por el juez para que vea depositar y guardar el dinero. El efecto que produce este acto es: 1.º Que el deudor queda libre de toda obligacion como si hubiese pagado. 2.º que cesan de correr las usuras. 3.º Que si por algun caso se pierde el dinero en el dicho depósito, no se pierde para el deudor, sino para el acreedor (2).

Síguese la destruccion de la cosa, por la cual se acaba toda obligacion indistintamente, proceda del contrato que procediere. Pero es menester hacer distincion en la cosa que se debe, para saber cómo y cuándo se quitará la obligacion de este modo. La cosa adeudada puede ser género, v. gr., un caballo; ó especie, v. gr., tal caballo; ó cuantidad, v. gr., cien pesos. Si se debe género ó cuantidad, la pérdida ó destruccion de la cosa no libra, porque el género y la cuantidad nunca perecen. Pero si se debe una determinada especie, v. gr., esta casa, ó tal caballo de la caballeriza, pereciendo dicha especie, se estinguió la obligacion (3). La razon es, porque lo que ya no existe es imposible entregarlo. Se esceptúa el caso de que la cosa pereciese por dolo ó culpa del deudor, ó si éste fuese moroso en entregarla, pues entonces deberá pagar la estimacion de la cosa perdida (4).

El sesto y último modo comun de quitarse las obligaciones es la novacion, que no es otra cosa que una transfusion ó traslacion de la primera deuda y obligacion en otra nueva obligacion, civil ó natural, sin intervencion de nue-

(1) L. 8. tít. 14. Part. 5.
(2) L. 8. ya citada al fin.
(3) L. 9. tít. 14. Part. 5.
(4) Dicha ley 9.

va persona; de suerte que la primera queda estinguida, y libres la hipoteca y prendas ligadas á ella, y cesan ó dejan de correr los intereses en ella pactados, estando hecha legítimamente (1).

La novacion es de dos maneras: una que se llama voluntaria, y otra necesaria: la primera es la que se hace por voluntad de los contrayentes mediante alguna convencion; v. gr., convenimos en que el dinero que tengo en depósito lo tenga á mútuo: aqui ninguno nos precisa á novar; y asi, esta novacion es voluntaria. La necesaria es la que se hace en juicio por la litis contestacion, la cual se llama *aumentativa* ó *cumulativa*, porque no estingue la obligacion primera, antes bien la robustece y fortifica mas; v. gr., debo cien pesos en virtud de mútuo: se presenta el acreedor contra mí para que se los pague: se me manda contestar el pleito: contestándole yo se hace novacion, y debiendo antes solamente por mútuo, comienzo ya á deber por el cuasi contrato de la litis contestacion; y asi, cuando se me haya condenado á pagar, no se me reconvendrá por el actor con la accion de mútuo, sino con la accion de cosa juzgada (2).

Para que se entienda haber novacion, es menester que los contrayentes lo espresen claramente; y asi, porque uno se obligue de nuevo á pagar la misma cosa en virtud de otra obligacion, no se entiende apartarse del primer contrato, sino afirmarlo mas, añadiendo obligacion á obligacion. En consecuencia de esto no se hace propiamente novacion por la intervencion de nueva persona en el contrato, á menos que se pacte espresamente (*).

(1) L. 15. tít. 14. Part. 5.

(2) Véase á Febr., del juic. ejec., lib. 3. cap. 2. §. 4. n. 220 á 222.

(*) Esta especie de novacion se llama con delegacion. Comunmente dividen á la novacion en una que se hace sin delegacion, y otra con ella. La primera se hace cuando permanece el mismo deudor y acreedor, y

Síguense ahora los modos peculiares de disolverse algunos contratos. Entre estos ponian los antiguos la acceptilacion y el mútuo disenso. Por acceptilacion entendian el darse uno por recibido de lo que se le debe y perdonarlo al deudor, el cual se puede tener en el dia por modo de disolverse cualquiera obligacion, no solo las verbales, como querian los romanos; de suerte que entre nosotros no habrá mas modo peculiar de quitarse algunas obligaciones que el mútuo disenso. Este no es otra cosa que una convencion contraria á la primera, que todavia no se habia cumplido por ninguna de las dos partes; v. gr., habia yo convenido con Ticio en que le compraria tal cosa en dos mil pesos, y despues nos apartamos uno y otro del contrato celebrado, éste será mútuo disentimiento. Todo esto es claro, y no hay mas que advertir sino que de este modo se desatan los contratos consensuales antes de cumplirse por ninguna de las dos partes, pues aunque puedan apartarse aun en el caso de haberse entregado la cosa y el precio, esto mas es hacer un nuevo contrato que disolver el primero.

solo se muda la forma de la obligacion. La segunda es cuando se muda la persona del deudor. La novacion sin delegacion se puede verificar de tres modos: 1.° Mudando la especie de obligacion; v. gr., debia antes cien pesos por depósito, y ya los debo por mútuo. 2.° Añadiendo, ó quitando alguna cosa á la primera obligacion; v. gr., antes debia yo cien pesos sin usuras, ahora prometo los mismos con usuras. 3.° Si nada se muda, sino solamente se renova la primera obligacion. La novacion con delegacion se verifica tomando otra persona en sí la obligacion, de suerte que quede enteramente libre el deudor principal; y ésta es la que se llama espromision. Véanse algunos casos de novaciones menos propias que trae Febrero en el lugar ya citado n. 223.

LIBRO CUARTO.

TÍTULO I.

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE DELITO.

Todo derecho á la cosa, segun se ha dicho arriba, nace de la obligacion. Esta trae su orígen, ó inmediatamente de la equidad, ó mediante algun hecho, el cual es ó lícito ó ilícito. El lícito lo hemos llamado convencion tratando de los contratos. Mas como el hecho ilícito, que es otra fuente de diversas obligaciones, se llama *delito* ó maleficio, síguese ahora tratar de los delitos.

§. I.

DE LOS DELITOS EN GENERAL.

Por delito entendemos *un hecho ilícito cometido voluntariamente, por el cual se obliga quien lo ejecuta asi á la restitucion como á la pena* (1). Se llama el delito *un hecho*, porque de la clase de delitos estan escluidos los pensamientos (2).

(1) Pról. del tít. 1. Part. 7.

(2) Tit. 31. Part. 7. No se debe confundir el delito con el pecado, por ser dos cosas realmente diversas. Toda accion contraria á la ley divina, sea interna ó esterna, es pecado. Mas ningun acto puramente interno, aunque pecaminoso, es delito; porque aun las acciones esternas para que lo sean es necesario que con ellas se perturbe la tranquilidad pública, ó la seguridad de los particulares. Nadie duda que un pensamiento impuro, consentido interiormente con deliberacion, es pecado, y pecado grave; pero ni es delito, ni está sujeto á las leyes humanas. La razon de todo esto es clara. Los hombres cuando se unieron para hacer vida sociable, y renunciaron la facultad que tenían de usar de sus fuerzas particulares depositandolas en la comunidad, lo hicieron con el

Ilícito, porque cuando no hay ley que prohiba, sea natural ó civil, no se delinque obrando. Debe ser *cometido voluntariamente*, porque faltando la libertad, ningun hecho se puede imputar (*). Finalmente, se añade que por el delito *se obliga quien lo comete á la restitucion y á la pena*, porque en todo hecho ilícito hay dos cosas que considerar,

objeto de que se mantuviese siempre ilesa la sociedad, porque de su conservacion y buen órden depende la mayor seguridad de los particular es, que es lo que principalmente fueron á buscar á la sociedad. Síguese de aqui con evidencia que no pueden ser castigadas por las leyes, ni reputadas como delitos, si no aquellas acciones esternas que directa ó indirectamente turban la pública tranquilidad, ó la seguridad de los particulares. No sucede asi con el pecado. El hombre, aunque nunca hubiera de vivir en sociedad, no puede prescindir de las relaciones de dependencia esencial y necesaria que tiene con Dios, como criatura con su Criador. Toda accion que de cualquier modo ofende estas relaciones es verdaderamente pecado. Pero como la gravedad y medida de éste depende de la imponderable malicia del corazon humano, Dios, que solo es capaz de conocerla, ha reservado á su omnipotencia el castigo de los pecados, y el modo y tiempo en que debe ejecutarse, y por consiguiente no pueden sujetarse á la jurisdiccion de las leyes humanas. Fuera de que si éstas hubieran de castigar todos los pecados de los hombres, siendo tan frecuentes por la corrupcion de la naturaleza, en vez de conservar la sociedad, que es su verdadero y principal fin, conseguirian destruirla. Ademas de que tampoco seria posible castigatlos por su multitud. Lardizabal, Disc. sobre las penas, cap. 4. §. 1.

(*) Aunque el ébrio esté privado de conocimiento, esta falta de libertad no debe influir para la diminucion ó remision de la pena. En estos casos parece que se debia hacer distincion entre el que se embriagó por casualidad, y el que lo hace por hábito y costumbre. Al primero, si delinque estando privado de su juicio, se le debe disminuir, y tal vez remitir la pena, segun las circunstancias: el segundo debe ser castigado como si hubiera cometido el delito estando en su acuerdo, sin tene respeto ninguno á la embriaguez sino es para agravarle la pena. De Pitaco se dice, que imponia dos penas al que cometia un delito estando embriagado, una por el delito, y otra por la embriaguez. No debe decirse lo mismo del loco ó mentecato, que careciendo enteramente de juicio sin culpa suya, es mas digno de compasion que de pena. *El mismo.*

el daño hecho á otro, y la infraccion de las leyes: lo primero solo se puede subsanar por la restitucion en cuanto fuere posible; y por lo segundo es justo que sufra la pena.

Todo hecho ilícito puede traer su orígen ó de dolo, esto es, de intencion directa de dañar, y entonces se llamará *delito verdadero*, ó de culpa lata, esto es, de descuido y negligencia, y entonces es *cuasi delito* (1); v. gr., si un juez da una sentencia injusta por dañar á otro, comete un delito verdadero; pero si lo hace por ignorancia será un cuasi delito. Los verdaderos delitos, de que trataremos primeramente, ó son públicos ó privados. Delitos públicos son aquellos que se dirigen principalmente contra el estado de la república, y dañan inmediatamente su seguridad y tranquilidad, y se llaman propiamente *delitos*, y tambien *crímenes*; v. gr., el delito de lesa-magestad ó de traicion. Delitos privados son los que directa é inmediatamente ceden en perjuicio de los particulares, sin que por esto dejen de ser dañosos á la república, y se dicen *maleficios*.

La diferencia de delitos públicos y privados no solo nace de la diversidad del objeto contra quien primariamente se dirige el daño, sino tambien porque en los primeros puede el juez proceder contra el delincuente de oficio propio ó por denuncia ó acusacion, la que puede hacer cualquiera del pueblo, si no es que le esté espresamente prohibido. En este sentido por nuestro derecho todos los delitos son públicos (2), á escepcion del adulterio, en el que no se puede proceder sino á pedimento del marido (3), y del delito de injuria verbal, cuya acusacion solo corresponde al injuriado (4).

(1) L. 1. tít. 31. Part. 7.
(2) L. 28. y sig. tít. 1. Part. 7.
(3) L. 3. tít. 7. lib. 4. Fuero Real, y 2. tít. 19. lib. 8. Rec.
(4) L. 4. tít. 10. lib. 3. Rec.

Los delitos en general tambien se dividen en ordinarios y estraordinarios: aquellos son los que tienen pena señalada por ley, y estos los que se vindican fuera del órden por no haber pena determinada en derecho. Esto puede acontecer entre nosotros raras veces, porque las leyes han sido tan prolijas en establecer penas ciertas á toda especie de delitos, que solo uno muy estraño no la tendria señalada (1). Lo que sí sucede frecuentemente es que las penas impuestas en las leyes no se pueden aplicar á los reos, asi por las diversas circunstancias que ocurren en cada caso, como porque la mutacion de los tiempos ha hecho variar el carácter y costumbres de nuestra nacion. Este es el motivo porque la mayor parte de nuestras leyes penales ha perdido su vigor hasta quedar enteramente anticuadas y sin uso, como lo notaremos en cada delito.

Finalmente, hay unos delitos meramente eclesiásticos, otros meramente seculares, y otros mistos. Los primeros son aquellos cuyo conocimiento privativamente pertenece á los jueces eclesiásticos; v. gr., los delitos comunes de los clérigos, la simonía, la heregía (2). Los segundos son los que corresponde conocerse y sentenciarse precisamente por los jueces seculares, ó por estar solamente sujetos á su jurisdiccion los delincuentes, ó por estar prohibidos solamente por el derecho civil y no por el canónico, á quien directamente no pertenece su castigo; v. gr., el delito de traicion, de falsedad &c. Los terceros son aquellos en que indistintamente pueden conocer los jueces eclesiásticos y seculares, y se llaman *delitos de misto fuero*; v. gr., la usu-

(1) Si lo que aqui se llama delito es una accion que no está prohibida por ninguna ley, es claro que no le compete este nombre; y si lo está, pero carece de sancion penal ó pena señalada, ningun magistrado podrá imponerla sin usurpar las funciones de legislador, que corresponden únicamente al Soberano.

(2) L. 58. tít. 6. Part. 1.

ra, sacrilegio, blasfemia &c.

Acerca de los delitos de los eclesiásticos es necesario tener presente que los reyes en virtud de la suprema potestad que les está concedida por Dios para el castigo de los delitos de todos los que sean miembros del estado, podian poner las correspondientes penas á toda clase de personas. Mas los príncipes cristianos, atentos siempre al obsequio y reverencia debida á la iglesia y á sus ministros, la defirieron la autoridad de juzgar las causas criminales de estos (1), aunque con algunas limitaciones, pues no todos los delitos de los eclesiásticos quedaron sujetos á su jurisdiccion. Se debe, pues, distinguir entre sus delitos, unos que podemos llamar *comunes*, y otros *privilegiados* por graves y atroces: tales son los de lesa-magestad, el de parricidio, homicidio incidioso, y otros en que importa el pronto y severo castigo, por el grande riesgo que corre la tranquilidad pública. La primera especie de delitos es privativa de la jurisdiccion eclesiástica; pero la segunda está reservada á la real, cuando haya de imponerse pena corporal, instruyendo el proceso criminal las dos jurisdicciones de acuerdo entre sí, hasta poner la causa en estado de sentencia, en el que se debe remitir al consejo para lo que haya lugar (2).

En virtud de esta potestad que reside en los príncipes, se hallan ya en las leyes de Partida penas establecidas contra el eclesiástico falsificador del sello real, y perpetrador de otros delitos en sus personas y bienes (3). Pero en semejantes casos, para no faltar al respeto debido á la iglesia, no se procede á sentenciar á los eclesiásticos reos de semejantes crímenes sin que preceda la degradacion y li-

(1) Vanesp. Part. 3. tít. 3. cap. 1.

(2) Real órden de 19 de Noviembre de 1799, y circular de 15 de Setiembre de 1815.

(3) L. 60. tít. 6. Part. 1.

bre entrega (1), remitiendo al efecto las causas á los prelados respectivos.

El efecto de los delitos es que de ellos nacen regularmente dos acciones: una persecutoria de la cosa ó del daño, y otra penal, por la que se pide la pena pecuniaria, si la hay impuesta (2). En estos casos se dice intentarse la accion de los delitos civilmente; mas si se intenta con el fin de que el delito se castigue con la pena corporal correspondiente, como de azotes ó de muerte, se dirá intentarse criminalmente.

Entre los dos géneros de acciones esplicadas hay varias diferencias. La primera, que las persecutorias de la cosa se dan contra los herederos, á lo menos en cuanto hubieron del difunto; mas las penales nó, sino en el caso de estar ya contestado el pleito por el difunto. Segunda, que las persecutorias no infaman como por lo regular las penales. Tercera, en las persecutorias si los delincuentes son muchos, todos estan obligados *in solidum*; pero pagando uno quedan libres los demas: en las penales no se libran por la paga de uno. De aqui se infiere que las acciones rei persecutorias y penales no se destruyen mutuamente, de suerte que intentada una no se pueda intentar la otra. Lo que sí puede verificarse es, que con una sola accion se pidan ambas cosas.

Por pena entendemos un mal que se hace sufrir á los delincuentes para satisfaccion y venganza de los delitos que han cometido (3). Entre estas, unas se llaman *capitales*, porque privan de la vida natural ó civil; v. gr., la horca, el destierro perpetuo; y otras *no capitales*, porque solo hacen sufrir unos males que no llegan á la pérdida de la

(1) Bened. XIV. de syn. Dioeces. lib. 9. cap. 6.
(2) Arg. de las leyes 41. y 25. tít. 1., y 18. tít. 14. Part. 7.
(3) L. 1. tít. 31. Part. 7.

vida, como azotes, infamia &c. (1).

Veamos ahora los delitos en particular, y primeramente los que el derecho de romanos llama *privados*, y son el hurto, la rapiña, el daño y la injuria.

§. II.

Del hurto.

El hurto no es otra cosa que *una contrectacion* (*) *fraudulenta de la cosa agena mueble, contra la voluntad de su dueño, con ánimo de lucrar* (2). Decimos que el hurto es *contrectacion*, porque no solamente es ladron el que se lleva la cosa agena, sino tambien el que la mueve de su lugar con intencion de llevársela. De aqui se infiere que si alguno encuentra al ladron en su casa en el acto preciso de hurtar, deberá éste ser castigado como tal, aun no habiendo transportado la cosa, y que no mereceria sino pena estraordinaria el que hubiese entrado en la casa agena con ánimo de hurtar, pero no hubiese tocado cosa alguna. Decimos que el hurto es una contrectacion *fraudulenta*, asi porque el dolo es necesario para todo delito, como tambien para diferenciarlo de la rapiña, que es el acto de quitar una cosa á otro no fraudulenta, sino violentamente. Pero se infiere de aqui que el delito de hurto no tiene lugar en los furiosos, locos, infantes, ni próximos á la infancia (3), porque hasta esa edad no son capaces de dolo (**).

(1) Arg. de la ley 4. tít. 31. Part. 7.

(*) Se usa de la palabra *contrectacion*, que es latina, derivada del verbo frecuentativo *contrecto*, *contrectas*, por no encontrar en nuestra lengua castellana voz que segun la acepcion del derecho sea tan significativa, ni que tan propiamente esprese el acto con que el ladron echa mano á la cosa agena, la toma y se apodera de ella.

(2) L. 1. tít. 14. Part. 7.

(3) L. 17. tít. 14. Part. 7.

(**) Próximo á la infancia se llama en las leyes el mozo mayor

Pero sí lo cometerán los próximos á la pubertad, porque regularmente la malicia suple la edad. Decimos que el hurto ha de ser *de cosa agena*, porque si el dominio de las cosas no se hubiera introducido, tampoco se verificaria hurto, por ser comunes. De aqui se infiere que ninguno puede cometer hurto de cosa suya (*), y mucho menos de la que sea de ninguno, pues ésta debe ser del primero que la ocupe. Asimismo se deduce la razon por qué no comete hurto el que toma algo de una herencia aun no aceptada por el heredero á que dicen *yacente*, pues en este estado aun es de ninguno; pero como se apodera de una cosa que no le pertenece, debe restituirla con los frutos, y es castigado, aunque no como ladron (1). Decimos tambien que esta substraccion de la cosa agena debe ser contra la voluntad de su dueño, porque si esta se presume ó se supone de buena fé, no habrá hurto (2). Asimismo lo que se tome para socorrer la hambre en caso de necesidad estrema no es hurto, porque ó no es contra la voluntad del dueño, ó á lo menos no lo es contra una voluntad racional. A que se añade que en este caso las cosas se hacen comunes.

Tampoco se verifica hurto entre el padre y el hijo, á lo menos en cuanto á los efectos civiles, pues en lo moral peca, y es un verdadero ladron; pero no nace accion de hurto, ni se le impondrá la pena de tal. Lo mismo se debe decir de la muger respecto del marido y del siervo res-

de siete años, y menor de diez y medio, pues de ahi adelante se llama próximo á la pubertad.

(*) Es verdad que se puede llamar ladron el que á su acreedor hurta la prenda que le entregó para seguridad de su crédito, aun siendo señor de ella; pero este no es hurto de cosa, sino de posesion, como diremos luego hablando de las divisiones del hurto.

(1) L. 21. tít. 14. Part. 7.

(2) L. 1. tít. 14. Part. 7.

pecto de su señor (1). Finalmente, se añade que debe intervenir en el hurto ánimo ó intencion de lucrar, porque faltando ésta será otra especie de delito; y asi, si alguno roba una esclava con fin deshonesto, ó si se apodera de mi cosa para dañarla ó para injuriarme, no comete hurto (2).

Divídese este delito en hurto de cosa, de uso y de posesion. El primero es tomar una cosa agena mueble, porque si fuere raiz no será hurto, sino fuerza ó violencia (3). Hurto de uso se verifica cuando uno aunque no se apropia la cosa agena, usa de ella de otra suerte de como debia contra la voluntad de su señor; v. gr., si usa de una cosa dada en comodato para mas tiempo del que se le concedió (4). Finalmente, hurto de posesion se comete cuando se toma la cosa propia justamente poseida por otro; v. gr., si un deudor hurta á su acreedor la cosa que le habia dado por prenda (5).

Se divide tambien el hurto en manifiesto y no manifiesto. Manifiesto se dice cuando el ladron es hallado, ó en el acto mismo de hurtar, ó con la cosa hurtada en la casa ó lugar donde hizo el hurto, ó en cualquiera otro, pero antes de transportarla á aquel adonde intentaba, ahora fuese preso, hallado ó visto por el dueño, ó por cualquiera otro. No manifiesto es aquel que ni en el acto de hurtar, ni en el camino es visto ni aclamado como ladron (6). Esta division, aunque confirmada por la ley de Partida, ningun uso tiene en la práctica, como tampoco las penas impuestas á estas especies de ladrones, segun diremos despues.

(1) L. 4 en el princ., tít. 14. Part. 7.
(2) L. 1. tít 20 Part. 7.
(3) L. 1. tít. 14. Part. 7.
(4) L. 3. tít. 14. Part. 7.
(5) L. 9. tít. 14. Part. 7.
(6) L. 2. tít. 14. Part. 7.

De mas utilidad es la division del hurto en simple y calificado. Simple es el que se comete sin quebrantamiento ni violencia. Calificado es aquel en que intervienen algunas circunstancias que lo agraven, como es subiendo por escalas, quebrantando puertas, ó entrando con armas (1). El hurto simple se subdivide en grande y pequeño, es decir, que en este delito se tiene consideracion á la mayor ó menor cantidad hurtada, como tambien á las circunstancias de haber sido cometido de dia ó de noche, por la primera, segunda ó tercera vez, en la ciudad ó en los caminos: todo lo cual importa examinar para graduar la gravedad del hurto y la pena que se le debe imponer (2).

§. III.

De las acciones que competen contra los ladrones, y penas que les impone el derecho.

Dijimos, hablando de los delitos en general, que las acciones que nacen de ellos se pueden intentar civil ó criminalmente: si intentáremos la accion civilmente, tendrá el efecto de que el delincuente pague la multa pecuniaria, siempre que la haya establecida por las leyes, á mas de la restitucion de la cosa ó satisfaccion del daño; pero si se intentare criminalmente, se le castigará corporalmente con la pena impuesta al delito para escarmiento de otros malhechores, como, v. gr., con azotes, destierro &c.

En el hurto, pues, á mas de conceder el derecho al dueño accion para perseguir la cosa hurtada, ó exigir la estimacion á aquel que se la hurtó (*), debe el ladron, si

(1) L. 7. tít. 11. lib. 8. Rec.

(2) L. 18. tít. 14. Part 7., y leyes 7. y 9. tít. 11. lib. 8. Rec.

(*) Debe advertirse que la cosa ó su estimacion la puede pedir el señor contra el mismo ladron ó sus herederos, por ser la accion con que la pide de las que llaman *persecutorias de la cosa*, que competen

el hurto es manifiesto, pagar ademas el cuatro tanto del valor de la cosa, y en el no manifiesto el dos tanto ó duplo (1); estendiéndose esta pena contra los que dan ayuda ó consejo tal que por su influencia se realice el hurto que de otra manera no se hubiera hecho (2). Pero convienen todos en que estas penas pecuniarias impuestas á los ladrones no estan en uso, sino solo las corporales, que diremos, ú otras á arbitrio del juez atendidas las circunstancias, precediendo siempre que sea posible la restitucion de la cosa hurtada y satisfaccion de perjuicios.

Acerca de los hurtos simples y calificados está dispuesto que por el primer hurto simple se imponga al reo alguna pena de vergüenza y seis años de galeras, ó á algun presidio (3). Por el segundo cien azotes y diez años de destierro (4). Posteriormente se ha declarado que las penas de los hurtos simples sean arbitrarias, segun y como se regulare la cualidad del delito, teniendo presente para ello la repeticion ó reincidencia, el valor de lo hurtado, la calidad de la persona á quien se hurtó, y la del delincuente &c.; y esto es lo que se practica, por ser dificil que en tanta variedad de casos tengan lugar las penas establecidas para el hurto (5). Por el tercer hurto se debe imponer al reo la pena de horca como á ladron famoso (6), con tal que los tres hurtos sean distintos en las cosas y en

tambien contra los herederos, segun hemos notado ya; pero el cuadruplo ó duplo solo puede pedirlo (suponiendo que esta pena estuviese en práctica) contra el ladron, y no contra sus herederos, si no es que viviendo el ladron se hubiese contestado el pleito, por ser esta accion puramente penal. Asi lo dispone la ley 20. tít. 14. Part. 7.

(1) L. 18. tít. 14. Part. 7.

(2) L. 4. del mismo tít. Antonio Gomez, var. resol., cap. 5. n. 4.

(3) Ll. 7. y 9. tít. 11. lib. 8. Rec., y la 18. tít. 14 Part. 7.

(4) L. 7. tít. 11. lib. 8. Rec., y Prag. de 19 de Marzo de 1771.

(5) Real decreto de 18 de Abril de 1746.

(6) Arg. de la ley 7. tít. 11. lib. 8. Rec., y ley 18. tít. 14. Part. 7., y en ella Gregorio Lopez, glosa 5.

el tiempo, y que hayan sido grandes ó de consideracion, lo que debe graduar el juez con atencion á la persona y demas circunstancias (1).

En el hurto calificado se debe imponer pena de muerte, aun por el primero, en los casos siguientes: 1.° Si fuere ladron conocido que públicamente robase en los caminos. 2.° Si fuere corsario ó ladron que roba en el mar con navíos armados. 3.° Si fuere ladron que entrase por fuerza á la casa ó lugar de otro para robar con armas ó sin ellas. 3.° Si hurtase de la iglesia ú otro lugar religioso alguna cosa sagrada. 5.° Si algun oficial del Rey que tuviese en guarda algun tesoro, ó hubiese de recoger sus pechos ó sus derechos, hurtare ó encubriere alguna parte de ello. 6.° Si el juez hurtase el dinero del Rey ó de algun concejo mientras estuviere en el oficio. Todos estos, y los que les dieren ayuda ó consejo para verificar semejantes hurtos, tienen pena de muerte (2). Tambien se debe imponer la misma pena á los ladrones de bestias y ganados, á que llaman *cüatreros*, en el caso de que lo acostumbren, y no por el primer hurto, por el que se les impone alguna pena mas moderada. Pero sí se les asigna la de muerte cuando en primera ocasion hurtan número de bestias suficiente á llamarse grei; v. gr., de diez ovejas arriba, cinco puercos, cuatro yeguas (3).

Por el segundo hurto calificado impone la ley pena de muerte á los que hurtan en tiempo de guerra á sus compañeros (4). Pero en el dia se mira con suma escrupulosidad la pena de muerte, y por lo regular no se impone á los ladrones sino en algunos casos de estraordinaria gravedad. Se castigan, pues, los hurtos tanto simples como

(1) L. 17. al fin, tít. 14. Part. 7.
(2) L. 6. tít. 5. lib. 4. del Fuero Real, y 18. tít. 14. Part. 7.
(3) L. 19. tít. 14. Part. 7.
(4) Ll. 6. y 7. tít. 28. Part. 2.

calificados con penas de vergüenza, de azotes, de servicio en obras públicas ó destierro á algun castillo por mas ó menos años, segun la gravedad del delito y reincidencias del delincuente.

§. IV.

Á quiénes compete la accion de hurto.

La accion de hurto se concede por derecho á todos aquellos á quienes interesa que la cosa no se pierda, y esto aun cuando no sean dueños de ella, sino solo poseedores por algun título honesto (1). Por falta de esta circunstancia no se le concede al ladron, ni tampoco al poseedor de mala fé, no obstante que les importa que la cosa no sea hurtada, pues seria cosa inicua que su delito les produjese una accion lucrativa. Compete, pues, la accion de hurto á aquellos á quienes interesa por una causa honesta, siempre que por culpa suya la cosa haya sido hurtada, suponiendo que la tienen á su cuenta y riesgo; v. gr., en prenda, en conduccion ó en comodato. De aqui es que tiene la accion de hurto no solo el dueño de la cosa, sino tambien el acreedor á quien hurtan la cosa dada en prendas por su deudor (2), pues por dos razones le interesa. La primera, porque debe restituir la prenda verificado el pago de la deuda si por culpa suya fue hurtada: la segunda, porque aunque el hurto no se haya verificado por su descuido, le importa que su crédito esté asegurado con prenda. Asimismo el conductor puede intentar la accion de hurto si por falta de la diligencia media á que está obligado le hurtaren la cosa, pues en este caso, reconvenido con la accion del contrato de locacion, deberá pagar la estimacion de la cosa. Pero si el hurto sucediere sin cul-

(1) Arg. de la ley 9. tít. 14. Part. 7.
(2) Dicha ley 9.

pa suya, solo al señor competerá la accion de hurto, porque en este caso á solo él interesa (1).

En la cosa dada en préstamo ó comodato, tiene opcion el dueño de ella para demandarla á aquel á quien la dió prestada, ó al ladron. Pero si escogiere ó le pareciere mejor demandarla á éste, no puede despues reconvenir al ladron, aun en el caso de que no pueda recobrar la cosa del comodatario, quien sí podrá en este caso demandar al ladron. Y si el comodante elige demandar al ladron, no le quedará accion contra el comodatario aunque no la pueda recobrar del ladron (2).

Si la cosa hurtada fuere dada en depósito, no compete al depositario la accion de hurto, porque como no presta mas que el dolo, no interesa á él, sino al señor, el que la cosa no perezca, si no es que por alguna otra causa estuviese obligado á la culpa, en cuyo caso por razon de interesarle podria intentar la accion de hurto (3).

TÍTULO II.

DE LA RAPIÑA.

El segundo delito de los que llaman privados es la rapiña. Esta es *un despojo violento de la cosa agena mueble con intencion de lucrar* ó de aprovecharse de ella, lo que necesariamente ha de ser hecho con dolo (4). Decimos que la rapiña es *un despojo violento*, en lo cual se distingue del hurto, que se hace clandestinamente. Decimos que debe verificarse *en cosa mueble*, en lo que conviene con el hurto, pero se distingue del delito que comete el que espele á otro de la posesion de una cosa raiz. Conviene tambien

(1) L. 10. tít. 14. Part. 7.
(2) L. 11. del mismo tít.
(3) L. 12.
(4) Prólog. y ley 1. tít. 13 Part. 7.

con el hurto, en que debe ser *de cosa agena*, pues la rapiña rigorosamente no tiene lugar en la cosa propia, aunque no quedará sin castigo el que violentamente arrebata del poder de otro una cosa suya, porque él mismo se quiere hacer justicia, y no la solicita del juez á quien corresponde administrarla. Por esta razon, y para que no se perturbe la tranquilidad pública, ya que no se puede imponer la pena de hurto ni de robo al que comete semejante violencia, está dispuesto que si el que arrebató la cosa era su dueño, pierda el dominio de ella. Si engañado juzgó que era suya, á mas de restituirla debe pagar otro tanto de su valor en pena. Asimismo el acreedor que violentamente ocupa alguna ó algunas cosas de su deudor en prendas de su crédito, tiene la pena de perderlo (1).

Finalmente, se añade en la definicion que la rapiña se comete con intencion dolosa de hacer logro con la cosa agena, para que se escluya el hecho de algun furioso ó falto de juicio, que debe carecer de pena aunque violentamente arrebate alguna cosa.

La pena establecida contra los que roban, si se intenta la accion civilmente, es el triplo ó tres tanto del valor de la cosa robada (2), la cual solo se puede pedir dentro de un año útil (3); pero la misma cosa siempre puede ser repetida por su dueño con los frutos, y en su defecto la estimacion al robador ó sus herederos, en los mismos términos que la hurtada, y competen las acciones que á los mismos (4).

Como el robo no sea en realidad otra cosa que una especie de hurto, y solamente mas grave que el clandesti-

(1) Ll. 10. 11. y 12. tít. 10. Part. 7., y 11. tít. 13. Part. 5., y 1. tít. 13. lib. 4. Rec.

(2) Ll. 3. tít. 13. Part. 7., y 2. tít. 12. lib. 8. Rec.

(3) L. 3. tít. 13. Part. 7.

(4) Ll. 2. y 3. tít. 13. Part. 7.

no, pueden tambien los que lo han padecido intentar la accion de hurto manifiesto, aunque segun se ha advertido ya estas penas no se practican.

Con tanto ódio ve el derecho toda especie de violencia, que se halla establecido por nuestras leyes que el que fuere despojado de sus bienes, aun cuando sea por su verdadero acreedor, quejándose ante la justicia del lugar, ésta se los restituya luego, haciendo solamente sumaria informacion de que le tomaron sus bienes sin mandado de juez legítimo, renovando las penas establecidas por las leyes de Partida para estos casos, y concediendo que las personas asi agraviadas gocen del beneficio de *caso de corte* (1).

TÍTULO III.

DE LOS DAÑOS HECHOS Á OTRO CONTRA DERECHO.

El tercer delito privado es el daño hecho á otro contra derecho, por lo cual se entiende *toda diminucion ó menoscabo de nuestro patrimonio causado por un hombre libre sin razon y sin justicia* (2). Solamente esplicando su definicion entenderemos la naturaleza de esta especie de delito. Decimos en ella que este daño es *toda diminucion ó menoscabo de nuestro patrimonio*; de donde se infiere claramente que un daño inestimable no se puede repetir con la accion de este delito; v. gr., la muerte ó heridas dadas á un hombre libre. Decimos tambien que este menoscabo debe ser *causado sin razon y sin justicia*, porque el que obra del todo conforme á derecho no delinque. De donde se infiere que para la obligacion de resarcir el daño importa poco que éste haya provenido de dolo ó intencion directa de dañar, de culpa lata, leve ó levísima, porque aunque á la naturaleza del verdadero delito pertenezca el

(1) L. 1. tít. 15. Part. 7.

(2) L. 6. y sig. tít. 15. Part. 7.

que sea cometido por dolo, con todo, las leyes, guiadas por la razon, creen que es debido se resarza á otro cualquier daño que se le haya seguido por su negligencia ó descuido capaz de ser évitado (1).

De este principio de equidad nace que sean responsables al daño que causaren los que en parage de concurso de gentes hicieren alguna cosa por la cual se esponen á causar daño, de lo cual se encuentran muchos ejemplos en nuestro derecho. Segun él, es culpable un barbero que se ponga á afeitar á otro en la calle ó plaza pública, porque puede tropezar alguno, y ser causa de herir al afeitado (2). Del mismo modo es culpable el que corre á caballo por las calles: el albañil que no avisa en alta voz cuando arroja desde alto piedras ó tierra á ellas: el que corta ramas de árbol á la parte del camino público sin prevenirlo antes (3).

Igualmente es culpable el que hace trampas ó cepos en caminos ó lugares públicos donde caen ó reciben daño los pasageros; y el que guiando bestias bravas no las guarda de suerte que no hagan mal (4). El médico ó cirujano que por ignorancia curase mal á algun hombre ó bestia, ó que despues de comenzada la cura la abandonase, deberá resarcir estos daños; y si causare la muerte á algun hombre libre debe ser castigado á arbitrio del juez (5). Tambien debe resarcir el daño el que en tiempo de viento enciende fuego cerca de paja, madera, mies ú otra cosa fácil de quemarse; y el hornero que no cuida del fuego del horno, si por tal causa se pierde lo que alli se cuece (6). Son tambien responsables del daño los que en nave

(1) Dicha ley 6. y sig. tít. 15. Part. 7.
(2) L. 27. del mismo tít.
(3) Ll. 6. y 25. tít. 15. Part. 7.
(4) L. 7. del mismo tít.
(5) L. 9.
(6) Ll. 10 y 11.

ú otro vaso donde se guardan mercaderías hiciesen algo porque se menoscaben ó pierdan; y los mesoneros ú otros por el daño que causen á los pasageros las cosas que tienen colgadas á sus puertas ó ventanas (1).

De todos los ejemplos puestos podemos inferir que con cualquiera culpa que concurra hay accion para pedir enmienda del daño ocasionado. Mas tambien se infiere que al que usa de su derecho no se le puede imputar el daño que sucediere, pues éste no será hecho contra justicia; y asi, si yo cavo en mi campo para hacer un pozo, y con esto deja de brotar agua en el del vecino, no soy culpable porque uso de mi derecho. Del mismo modo no es responsable el que causa daño á otro por caso fortuito; v. gr., si una nave impelida de los vientos se estrellare contra otra y la quebrare; ó si corriendo á caballo en lugar acostumbrado atropellare á alguno (2); pues el caso fortuito no se presta ni en los contratos ni en los delitos. Pero lo dicho se ha de entender cuando la cosa que se hace es lícita, en el lugar acostumbrado, y del modo debido (*).

(1) Ll. 13. y 16. tít. 15. Part. 7.
(2) L. 14. tít. 15. Part. 7.
(*) En la ley 18. tít. 15. Part. 7. se confirman dos capítulos de una ley que habia en derecho de los romanos llamada *Aquilia*; y dispone que si alguno se querella delante del juez del daño que le fue hecho por razon de que le mataron algun siervo, caballo ú otro cuadrúpedo de aquellos que pacen en manada, y que nos son mas útiles, debe pagarle el que le hizo el daño tanto cuanto mas podria valer aquel animal desde un año antes hasta el dia en que lo mató. Y que si el daño no fuere por muerte de los cuadrúpedos que refiere, sino por heridas ú otros males que los empeoraron, ó si matasen ó hiriesen otras bestias, quemasen, derribasen, destruyesen ó hiciesen cualquier otro daño, deberá pagar tanto cuanto mas podia valer la cosa en que se recibió el daño desde treinta dias antes hasta aquel en que sucedió. Y no solo debe resarcirse el daño que se causó en la misma cosa, sino tambien los menoscabos que se ocasionaron al dueño. Mas para que haya obligacion á este resarcimiento es preciso que el daño haya sido

TÍTULO IV.

DE LAS INJURIAS.

El último delito privado es la injuria, por cuyo nombre entendemos aquí *cualquiera dicho ó hecho dirigido á la afrenta ó desprecio de otro* (1). De esta definicion nacen varias divisiones: como, segun dijimos, la injuria sea un *dicho ó hecho*, se sigue que toda injuria será ó verbal, que se hace por medio de palabras de menosprecio, ó real cuando con hechos se daña la fama de otro; v. gr., dándole bofetadas ó azotes (2). Algunos añaden otras dos especies: á saber; escrita, que se hace por letras, y pintada con pinturas denigrativas ó dirigidas á la burla ó deshonor de alguno (3); pero no hay inconveniente en reducir la escrita á la verbal, y la que se hace por pinturas á la real ó de hecho. Mas como una injuria puede ser mayor ó menor que otra, de ahi es que unas se llaman simples y otras atroces (4). Simple se llama aquella en que no se encuentran circunstancias algunas que la agraven. Atroz por el contrario es la que está agravada por cualquiera circunstancia de aquellas que juzgando prudentemente exasperan demasiado la injuria. Tales son: 1.º La atrocidad del hecho; v. gr., azotar á alguno. 2.º La publicidad del lugar; v. gr., si uno es injuriado en el templo, ó en una plaza pública. 3.º La dignidad de la persona; v. gr., si es un

hecho con alguna culpa, pues sin ella á nada estaria obligado el que lo causó, segun dijimos arriba. Pero es muy digno de advertirse que en el dia no está en uso el hacerse las estimaciones de los daños mirando hácia atrás, sino que se tasa á arbitrio del juez, y se manda pagar. Ley 1. tít. 4. lib. 4. del Fuero Real.

(1) L. 1. tít. 9. Part. 7.

(2) Dicha ley 1.

(3) L. 3. de dicho tít. 9. Part. 6.

(4) L. 20.

obispo ó un magistrado el injuriado. 4.° El tiempo; v. gr., si injurian á alguno al tiempo de celebrar su matrimonio (1).

De la misma definicion se colige que debe haber en el injuriante ánimo ó intencion de menospreciar, por lo cual sin dolo no habrá injuria; y asi, no será reo de este delito ni el infante ni el furioso y demente, aun cuando digan ó hagan algunas cosas capaces de deshonrar (2). Tampoco se deberán tomar por injuria las palabras que se dijeren por chanza, aunque en esto se debe tener consideracion á la dignidad de la persona con quien se chancea, pues seria una escusa frívola la de un particular ó plebeyo que habiendo dicho á un príncipe ó magistrado palabras indecentes, dijese que habia sido por chanza, sabiendo todos que con semejantes personas no se ha de chancear de manera que se les pierda el respeto. Finalmente, no es reo de injuria el que dijo ó hizo alguna cosa por enmendar ó corregir á otro sobre quien tenia autoridad; v. gr., un ministro de la iglesia, un juez, un maestro. Pero como esto se funda en presuncion, admite pruebas en contrario; y asi, si se puede probar que un ministro de la iglesia, no por correccion, sino con ánimo de injuriar y para desahogar su ira, reprendió gravemente á otro, se podria intentar contra él la accion de injuria.

Finalmente, se dice en la definicion que el hecho ó dicho debe ser dirigido á despreciar al otro, lo que puede acontecer de dos modos; ó directamente, de suerte que nuestra misma persona sea injuriada, ó indirectamente, de suerte que nos venga el desprecio por medio de alguno de los de nuestra familia; v. gr., un padre tiene accion por la injuria que se haga á un hijo suyo; un marido por la injuria hecha á su muger, y un señor por la hecha á su

(1) Dicha ley 20.
(2) L. 8. tit. 9. Part. 7.

siervo, siempre que se conozca la intencion de injuriarlo á él (1).

Hemos visto qué sea la injuria, y de cuántas maneras se haga: síguese ahora ver las acciones que nacen de este delito. Atendido nuestro derecho, el injuriado solo tiene una accion para pedir una de dos penas, ó multa pecuniaria, ú otra especie de castigo correspondiente á la gravedad de la injuria; pero no puede pedir uno y otro (2). La pena que se debe imponer á cada injuria no está señalada en las leyes, ni es posible que se señale para todas; por lo cual se deja al arbitrio del juez, atendidas las circunstancias de la gravedad de la injuria y persona injuriada (3). Mas hay algunas injurias que por su particularidad tienen penas señaladas por las leyes. La 1.ª es tomar ó apoderarse de los bienes de alguno como si fuese deudor sin mandato del juez, estando enfermo de enfermedad de que despues muere. En este caso, intentada la accion de injurias por sus herederos, tiene el injuriante la pena de ser infame, perder lo que se le debia, y ademas pagar otro tanto de lo que importaba la deuda, y tambien pierde la tercera parte de sus bienes, que será para la cámara del Rey; y si el enfermo nada debia se confiscará al injuriante la tercera parte de sus bienes á favor de los parientes del difunto por la injuria hecha á él; y á ellos se les pagará lo que estimare el juez (4).

La 2.ª es llamar á alguno con los nombres injuriosos de *gafo*, *sodomítico*, *cornudo*, *traidor*, *herege*, ó á alguna muger casada *puta*, ú otros semejantes. La pena impuesta al que dijere estas injurias es haber de desdecirse ante el juez y testigos al plazo que se le señale, y ademas pagar la

(1) L. 21. tít. 9. Part. 7.
(2) Dicha ley 21. tít. y Part.
(3) Dicha ley 21.
(4) L. 11. tít. 9. Part. 7.

multa de mil y quinientos maravedís, la mitad para el fisco, y la otra mitad para el injuriado. En el caso de ser hidalgo el injuriante no debe ser condenado á desdecirse; pero ha de pagar quinientos maravedís mas con la misma aplicacion, y otras penas á arbitrio del juez (1). Al que llamare á otro *tornadizo* ó *marrano* con ánimo de despreciarlo por haberse convertido de otra ley á la cristiana, se le impone la multa de diez mil maravedís para la cámara del Rey, y otros tantos al injuriado; y si no pudiere pagarlo todo de pronto, sea puesto en un cepo el tiempo de un año, y si antes pudiere pagar, salga de la prision (2). El piadoso fin de esta ley es manifiesto. Por otras palabras injuriosas menores que las referidas se impone la pena de dos mil maravedís para la cámara, ó mas, á arbitrio del juez.

La 3.ª es escribir famosos libelos llamados *pasquines*, en los cuales se imputan delitos graves, ó se descubren los verdaderos con la mira de deshonrar en el público á otros. La pena impuesta á estos delincuentes, segun derecho, debe ser la misma que corresponde al delito que se imputa al ofendido, si le fuese probado. Tiene lugar contra los que componen el libelo infamatorio ó le escriben, y contra los que hallándolo primeramente no lo rompen, sino que lo muestran á otros (3).

La 4.ª es la que se hace contra los muertos, desenterrando los cuerpos, y arrojando ó arrastrando los huesos por desprecio: el que hiciere esta especie de injuria tiene la pena de diez libras de oro para la cámara, y si no las pudiere pagar debe ser desterrado para siempre (4).

El tiempo determinado por derecho para intentar las

(1) L. 2. tít. 10. lib. 8. Rec.
(2) La misma ley 2. tít. 10. lib. 8. Rec.
(3) L. 3. tít. 9. Part. 7.
(4) L. 12. tít. 9. Part. 7.

acciones de las injurias, sea civil, sea criminalmente, es un año útil, pasado el cual espira este derecho, porque se presume que el ofendido perdonó la injuria (1). Se acaba tambien la accion por condenacion ó remision de la injuria, la que puede hacerse espresa ó tácitamente, como si despues de haberla recibido comiese ó bebiese, ó jugase amigablemente con quien le injurió en su casa ó en la de otro (2). El último modo de estinguirse la accion es la muerte, tanto del injuriante como del injuriado, porque no pasa á los herederos, ni se da contra ellos como concedida para la venganza (3), si no es en dos casos. El 1.º cuando acaece la muerte despues de contestado el pleito, en cuyo caso continuará con los herederos; y el 2.º en la injuria hecha al enfermo en los términos que dijimos, ó á los muertos (4).

TÍTULO V.

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE CUASI DELITO.

Habiendo tratado ya de los delitos privados de hurto, rapiña &c., síguense los cuasi delitos, los que, segun dijimos arriba, son *unos hechos ilícitos cometidos por sola culpa y sin dolo alguno* (5). De estos se tratarán seis en este título: 1.º el cuasi delito del juez que por ignorancia juzga mal: 2.º el del que de su casa arrojó ó derramó alguna cosa capaz de dañar á los que pasan: 3.º el del que tiene alguna cosa colgada sobre las calles con peligro de que caiga: 4.º el de los maestres de navío, mesoneros &c., cuando los caminantes ó pasageros reciben daño: 5.º el de

(1) L. 22. de dicho tít. 9. Part. 7.
(2) Dicha ley 22.
(3) L. 23. de dicho tít.
(4) Ll. 11. 12. y 23. del mismo tít.
(5) Arg. de la ley 25. tít. 15. Part. 7.

la misericórdia intempestiva; y 6.º el de la condescendencia ó connivencia.

El primer cuasi delito es el del juez que sentencia mal. Mas en éste se deben distinguir tres casos: 1.º cuando el juez por dolo ó intencion directa de dañar juzga mal; v. gr., por amor, ódio, ó corrompido por dinero: 2.º cuando por necedad ó ignorancia, como si hacen magistrado á un labrador que quiere medir á brazadas el derecho que nunca aprendió; y el 3.º cuando algun juez de aquellos que no son letrados dió sentencia con parecer de asesor. En el primer caso es el juez reo de un verdadero delito; y si la causa fuere civil tiene la pena, no solo de pagar otro tanto cuanto hizo perder á aquel contra quien dió la sentencia, con las costas, daños y perjuicios, sino tambien de ser removido del oficio y quedar infame. Mas si fuere criminal, debe él recibir en sí la pena que impuso al otro injustamente, aunque sea la de muerte, y aun cuando se le perdone la vida debe ser desterrado perpetuamente, quedando infame y confiscados todos sus bienes (1). Mas en el caso de que se haya dejado corromper por dinero, á mas de las penas establecidas contra el que juzga mal por amor ó por ódio, debe pagar á la cámara del Rey el tres tanto mas de lo que recibió; y si no lo habia aun recibido el dos tanto, y la sentencia que asi fuere vendida es nula, aun cuando no se apele de ella (2). En el tercer caso, atendido el derecho que gobierna en el dia, determinando el juez con acuerdo de asesor, sea de los que nombre el Rey, sea nombrado por él mismo, no es responsable si no solo el asesor, no probándose que en el nombramiento y acuerdo haya habido colusion ó fraude (3).

(1) Ll. 24. y 25. tít. 22. Part. 3., y véase tambien la ley 7. tít. 7. lib. 3. Rec.

(2) Dicha ley 24. tít. 22. Part. 3.

(3) Son palabras de la real cédula de 22 de Setiembre de 1793.

Resta, pues, solamente el tercer caso, en el cual un juez de los que deben ser letrados sentenció mal por ignorancia. Entonces es reo de un cuasi delito, porque aunque, segun suponemos, no procedió con intencion de dañar, pero obró mal ejerciendo el oficio de juez sin la correspondiente instruccion en el derecho, ó sin consultar á los jurisperitos en los casos árduos, en lo cual consiste su culpa (1). La pena que se le impone es que pague á la parte dañada todo el importe de la pérdida ó menoscabo que sufrió por razon de la sentencia injusta que dió contra ella (2).

El segundo cuasi delito consiste en que de la casa de nuestra morada se haya arrojado ó derramado algo capaz de dañar, como piedras, tejas ó inmundicias hácia la calle pública por donde los moradores de la ciudad acostumbran pasar. Con este hecho, si alguno ha sido dañado, queda obligado el inquilino ó poseedor de la casa, aunque él no fuese el que arrojó ó derramó aquellas cosas, no por culpa imputada, sino porque verdaderamente él no carece de culpa en tener dentro de su familia unos criados tan descuidados. Si fueren muchos los que arriendan la casa, si se puede saber quién echó ó demarró, él solo estará obligado al daño; pero si no todos lo deberán pagar. Pero en esto se deben distinguir varios casos. El 1.º cuando por lo derramado ó arrojado se ha causado un daño estimable; v. gr., si un animal ha sido muerto, ó el vestido de alguno ha sido manchado: entonces se da accion al interesado contra el inquilino, pero no contra sus herederos por ser penal, para que le pague doblado el daño que recibió (3). El 2.º es cuando el daño es inestimable; v. gr., si ha sido muerto un hombre libre: en cuyo caso se deben pagar

(1) L. 24. tit. 22. Part. 3.

(2) La misma ley en el medio.

(3) L. 25. tit. 15. Part. 7.

por el causante cincuenta maravedís de oro, por mitad á los herederos del difunto y á la cámara del Rey (1). El 3.° caso es si un hombre libre no ha sido muerto, sino herido ó dañado de otro modo en su cuerpo. Mas como entonces ni la herida ni el dolor admiten estimacion, seria justo se pagásen las pérdidas que hubiese tenido con motivo de cesar en sus trabajos, y los gastos hechos en la curacion.

El tercer cuasi delito se comete cuando uno tiene alguna cosa colgada sobre la calle por donde comunmente transitan, la cual puede fácilmente caer y causar daño. Para el que esto hiciere, si lo acusaren y se hallare que la cosa que estaba colgada en verdad podria caer y hacer daño, aunque todavia no se haya verificado, se le impondrá la pena de diez maravedís de oro, la mitad para el acusador, y la otra mitad para la cámara del Rey, con obligacion á mas de esto de quitar la cosa, ó ponerla de modo que no pueda caer (2). La razon de esta pena es, porque interesa á la república el que todos puedan caminar sin peligro por las calles y demas caminos públicos. Mas si la cosa que estaba suspensa ó colgada cayese é hiciese daño, lo debe pagar doblado; y si éste fuese muerte de algun hombre, deberá dar cincuenta maravedís para sus herederos y cámara del Rey por mitad (3).

Si el reo de este cuasi delito ó del antecedente fuere hijo de familias que vive en casa separada de la de su padre, se intentará la accion contra el mismo hijo de familias; y siendo condenado será reconvenido el padre por el valor de lo juzgado y sentenciado hasta donde alcance el peculio del hijo, si lo tiene.

En el cuarto cuasi delito, que es el de los marineros,

(1) Dicha ley 25. tít. 15. Part. 7.
(2) L. 26. tít. 15. Part. 7.
(3) Dicha ley 26. al fin, tít. y Part.

taberneros y caballericeros, se deben distinguir tres casos para que no se confundan cosas muy diversas. El primero, cuando los mismos marineros, venteros &c. hurtaron ó hicieron algun daño en las cosas de los caminantes; y entonces son reconvenidos por un verdadero delito; v. gr., con la accion de hurto, ó la que corresponda. El segundo, cuando el daño no ha provenido de los mismos mesoneros &c., sino de los estraños; v. gr., de los compañeros ó viajantes que van en el mismo navío, ó posan en el mismo meson; y entonces la accion que hay contra los maestros de navío ó mesoneros es de cuasi contrato. La razon es, porque cuando recibieron las cosas agenas en su nave, ó en su meson ó venta, se presume que tácitamente prometieron la custodia de ellas; y por tanto tiene accion el agraviado para que le restituyan todo lo que introdujo, y le resarzan los daños y perjuicios. Finalmente, el tercer caso es, cuando el daño ha provenido de los individuos de la familia del maestre, ventero ó caballericero; y entonces la accion que se da contra él es de cuasi delito: su culpa consiste en que se acompaña ó se sirve de hombres malos, por lo cual es justo que sea responsable á los daños que provinieren de su mala conducta (1). De lo dicho se ve claramente que solo este caso pertenece á este título, por ser unas de las especies de cuasi delito. En virtud de él se da accion al que sufrió el daño contra el maestre del navío, ventero ó tabernero que recibió las cosas, para que restituya el doblo de lo perdido ó deteriorado (2); mas no contra sus herederos, por ser penal en todo lo que escede de la estimacion de la cosa. De donde se infiere la diferencia que hay entre esta accion y la otra que nace de cuasi contrato. Esta, como que es de causi delito, es penal, como dijimos; la otra por ser de cuasi contrato es perse-

(1) L. 7. tít. 14. Part. 7.
(2) Dicha ley 7. en el medio.

cutoria de la cosa solamente: aquella no se da contra los herederos, y esta sí: con aquella se pide el doblo, y con ésta solamente la verdadera estimacion de la cosa; una y otra es perpetua, lo cual es particular en la accion de este cuasi delito, por durar casi todas las acciones penales solo un año. Con todo, es mejor y mas seguro intentar la accion de cuasi contrato que no la de cuasi delito, ya porque en el dia no estan en uso las acciones en que se piden los dos ó tres tantos mas, ya porque en ella es mas fácil la prueba cuando se intenta la de cuasi contrato, pues en ésta se prueba solamente que mis cosas fueron recibidas en la nave, meson ó taberna, y en la otra debo probar que alguno de los de la familia del maestre ó ventero las hurtó ó causó el daño.

La misericordia intempestiva, y la condescendencia ó connivencia, son los otros dos cuasi delitos de que hicimos mencion arriba. La misericordia en sí es un afecto laudable; pero como todas las cosas de que se usa mal degeneran en vicio, asi sucede en ésta, que por ser intempestiva y no conforme á las reglas de la recta razon es un cuasi delito. De esto se pueden figurar muchos casos; v. gr., si uno viendo á un siervo ageno preso, movido de lástima lo pone en libertad, y éste huye: si un carcelero por el mismo motivo deja escapar á un reo de la cárcel: si un juez consiente que huya un malhechor á quien debia condenar, y otros semejantes. La razon porque todos estos son cuasi delitos, es porque en estos casos no debe tener lugar la misericordia, sino solamente la severidad y administracion de justicia. La connivencia es una tolerancia por la cual permite uno que se haga un delito que podia y debia impedir; v. gr, si uno que está al cuidado y gobierno de otro admite un desafio, y el pedagogo lo sabe, pero lo disimula, no hay duda que esta condescendencia es digna de castigo; y asi, en ambos casos se dará la accion correspondien-

te. Se han traido por ejemplo estos dos cuasi delitos, para que no se crea que no hay mas que los cuatro de que se hace mencion en las instituciones de Justiniano.

TÍTULO VI.

DE LAS ACCIONES.

Hemos concluido ya la esplicacion de las dos primeras partes de las instituciones. Estas, segun se ha dicho en otro lugar, se dividen por los tres objetos del derecho: *personas*, *cosas* y *acciones*. De las personas se ha tratado en todo el libro I; de los derechos de las cosas en los libros II y III, y hasta este título del IV. Resta tratar del tercer objeto, conviene á saber, las *acciones*.

La accion se puede considerar de dos maneras: ó como una cosa incorporal que está en nuestro patrimonio, y entonces pertenece al segundo objeto del derecho, ó se toma como un medio legítimo de perseguir en juicio el derecho que nos compete; y entonces corresponde al tercero, de que vamos á tratar. En este sentido, pues, se define la accion: *un medio legítimo para perseguir en juicio los derechos que competen á cada uno, tanto en la cosa, como á la cosa.* Tiénese por cierto que toman su orígen del derecho de gentes, pues formadas ya las sociedades civiles, y establecidas las supremas potestades, no fue mas lícito á los privados exigir por fuerza que se atiendan sus derechos como lo era en el estado natural, sino que deben ocurrir á los magistrados, para que en virtud de la autoridad que les compete por su oficio, compelan al que resulte reo á estar á derecho con el que se queja; y á esto llamamos *accion*.

De éstas hay varias divisiones ó diversas clases, atendida la diversidad de los derechos que se desean ver cumplidos, y lo que se consigue cuando se intenta del modo que ha establecido el derecho. Hay, pues, una clase de ac-

ciones que se llaman *reales*, otra de *personales.* Unas acciones hay que son *persecutorias de la cosa sola*, y otras *de solo la pena* que está impuesta para aquel caso, y otras con las que se consigue la cosa y la pena, que tambien se llaman *mistas.* Hay unas que se dán para conseguir el un tanto, otras el dos, otras el tres, y aun el cuatro. Hay otras acciones que se llaman de buena fé, otras de rigoroso derecho, y otras arbitrarias. Finalmente, con unas acciones se consigue el todo de lo que se debe, y con otras menos en ciertos casos. De cada clase de las referidas trataremos separadamente.

§. I.

DE LAS ACCIONES REALES, PERSONALES Y MISTAS.

La primera division de las acciones es en reales y personales: aquellas nacen del derecho en la cosa, y éstas del derecho á la cosa. Mas por esto no se niega que hay algunas que son mistas, pues aunque éstas siempre se acercan mas ó á las reales ó á las personales, esto no impide que se puedan llamar mistas. Como las acciones reales traen su orígen del derecho en la cosa, siendo éste de cuatro maneras, resultan otras tantas fuentes de acciones reales. Nacen, pues, unas del dominio; otras del derecho hereditario; otras de las servidumbres, y otras del derecho de prenda.

La naturaleza de las acciones reales consiste en dos cosas. La 1.ª es, que todas nacen de alguna especie de derecho en la cosa, es decir, que solo hay accion real cuando no es la persona, sino la cosa misma la que nos está obligada. Esto se verifica solamente en el dominio, herencia, servidumbre y prenda. La 2.ª que todas estas acciones se dan contra cualquier poseedor, aunque éste no haya tratado con nosotros. Al contrario sucede en las acciones personales, las cuales solo se dan contra aquel con quien trata-

mos, y no contra un poseedor (*). Diremos, pues, que accion real *es aquella con la cual pedimos una cosa en que tenemos derecho, aun á aquel que por ningun contrato nos está obligado* (1).

La primera especie de acciones reales comprende las que nacen del dominio. Estas son tres, llamadas *reivindicatoria*, *publiciana* y *rescisoria*. La reivindicatoria es *una accion real por la cual el que es dueño de una cosa la repite de cualquier poseedor con sus accesiones y frutos, segun la calidad de la posesion* (2) (**). Si el reo, pues, poseyere de buena fé, restituirá de los frutos industriales los existentes solamente, y todos los naturales, aun los consumidos (3); pero si con mala fé, ningunos frutos hace suyos, y solo podrá retener las espensas utiles (4).

(*) El poseedor no puede tener accion real, porque seria estupidez pedir al juez lo mismo que ya se tiene: luego cuando éste intente alguna accion, será personal, solicitando se le ampare en su posesion, y se mande á otro que no le moleste en ella. No obstante, se encuentra un caso que sirve de escepcion á esta regla. Tal es la accion negatoria que es real, y la intenta el que está en cuasi posesion de la libertad de su fundo. Tambien es regla general que el dueño de una cosa no la puede pedir con accion personal, sino con real, que se llama *vindicacion*. Mas tambien tiene su escepcion en la cosa hurtada, pues para recobrarla se concede al dueño accion real y personal, consultando á facilitar el cobro en ódio de los ladrones.

(1) Arg. de las leyes 2. tít. 3, y 1. tít. 28. Part. 3.

(2) L. 40. tít. 28. Part. 3.

(**) Es consiguiente á las disposiciones de derecho que solo el título para adquir, sin preceder entrega de la cosa, no produce el derecho de vindicar, sino una accion personal: que el comprador antes de verificarse la tradicion no pueda usar de tal accion; y que concurriendo dos, no vindique el primer comprador no siendo entregado en la cosa vendida, ni tampoco aquel con cuyo dinero se compra la alhaja, á escepcion de si es pupilo, menor o soldado, y de la muger á quien el marido, con dinero de ella, que no proceda de los bienes dotales, compre algo, pues á todos estos se concede accion útil vindicatoria.

(3) L. 39. tít. 28. Part. 3.

(4) Ll. 39. y 42. del mismo tít.

Cuando esta accion se intenta en virtud de un dominio pleno, se llama *útil*. Mas aunque esta accion sea en sí muy natural, es bastante dificil de intentarse, por razon de que en ella debe el actor probar el dominio que tiene en la cosa, cuya prueba no es tan fácil como á primera vista parece. Si no ha cumplido el tiempo necesario para la prescripcion, debe probar que no solo él adquirió con buena fé y justo título, sino tambien que aquel de quien hubo la cosa era verdadero dueño: de otra suerte el dominio que él no tenia tampoco pudo transferir á nosotros. Para evadir esta dificultad, y que los que hubieron las cosas con buena fé y justo título de los que no eran sus legítimos dueños pudiesen vindicarlas, se inventó la accion llamada *publiciana*. Por ella, el que con buena fé y justo título adquiere las cosas, aunque no las haya prescrito, las vindica de cualquier poseedor, no en virtud de la ficcion de estar prescrita que inventaron los romanos, sino porque es conforme al derecho natural que el que poseía con mejor título sea preferido al que lo tiene inferior, y reputado respecto de él como dueño (1). De donde se infiere que esta accion no tiene lugar contra el verdadero señor que posee con un título mas fuerte, cual es el verdadero dominio, sino solo contra aquel que ó posee sin título, ó con uno mas débil que el putativo dueño: que con ella el que adquirió mediante tradicion alguna cosa del que no era su legítimo dueño, con buena fé y justo título, perdiendo la posesion de ella, puede vindicarla de cualquier poseedor que se apoye en título menos firme, con todos sus frutos y accesiones, y del modo que con la verdadera reivindicacion (2).

Del mismo modo que la accion publiciana se funda tambien en la equidad la llamada *rescisoria*, por la cual rescindiendo la prescripcion se pide al poseedor la cosa que

(1) Ll. 13. tít. 11. Part. 3., y 50. del tít. 5. Part. 5.
(2) Dichas leyes.

prescribió, como si nunca hubiera sido prescrita. No produce entre nosotros este efecto la ficcion inventada por los romanos, sino el beneficio de la restitucion que se concede por el juez con justas causas: tales son la menor edad, miedo grave, ausencia por causa de la república ó de estudios, y otras semejantes (1). Es, pues, la accion rescisoria *un beneficio de restitucion in integrum que se concede por justa causa, á efecto de rescindir la prescripcion ya completa, y que el que prescribió restituya la cosa con todos sus frutos y accesiones.* De aqui se infiere que esta accion debe durar cuatro años contínuos (2).

La segunda especie de acciones reales nace del derecho hereditario. Estas son dos, la peticion de la herencia, y la querella de inoficioso testamento; pero como ambas son mistas, se tratará de ellas despues de las reales y personales.

La tercera especie de acciones reales comprende aquellas que se dan con motivo de las servidumbres. Estas son dos, *confesoria* y *negatoria.* La accion confesoria es una especie de vindicacion, y su fundamento es aquel derecho que afirmamos nos compete en la cosa agena. De consiguiente, si el otro niega corresponder este derecho, y procura impedir su uso, habrá accion contra él, ó contra cualesquiera poseedores del predio, para que cesen de perturbar al actor en el uso de su derecho. Es, pues, la accion confesoria *una accion real, que se da al que tiene derecho de servidumbre contra cualquier poseedor del fundo sirviente, para que se declare por el juez corresponderle la tal servidumbre, condenando al reo en los intereses que haya perdido desde la perturbacion, y á que dé caucion de no perturbarle en adelante* (3). Por el contrario, el fundamento

(1) L. 28. tít. 29. Part. 3.
(2) Dicha ley 28.
(3) L. 21. tít. 22. Part. 3.

de la accion negatoria es la libertad natural que se presume en los predios: por esto compete á sus dueños, contra aquel que intenta tener algun derecho en ellos, para que se declaren libres, se mande al reo no perturbar mas al poseedor, dando caucion al efecto, y que resarza los daños y perjuicios que haya causado. Es, pues, la negatoria *una accion real que se da al dueño de un fundo libre, contra cualquiera que intente tener servidumbre en él, para que se declare no deberla, y se condene al reo á la satisfaccion de los perjuicios causados, y á que dé caucion de no perturbar al señor en adelante.* Esta accion tiene varias cosas singulares. 1.ª Que siendo real se da al poseedor, lo cual en solo este caso se verifica; y 2.ª que debiendo siempre el actor probar su accion, aqui se le liberta de la prueba, y se manda al reo que lo haga, porque la libertad natural en la cual el actor pone el fundamento de su accion se presume, y la presuncion transfiere el cargo de probar en el contrario. Se esceptúa el caso de que el reo esté en cuasi posesion de su servidumbre, pues entonces el actor debe probar su libertad.

La cuarta especie de acciones reales es de aquellas que traen su orígen del derecho de prenda: no en cuanto es contrato, porque entonces no produce mas que accion personal, sino como derecho en la cosa. De él deducian los romanos dos acciones, una llamada *serviana*, y otra *cuasi serviana* ó hipotecaria; pero por nuestro derecho solo ésta es bastante (*).

(*) La accion serviana tenia lugar en un solo caso: este era cuando alguno daba en arrendamiento un predio rústico, tomando del arrendatario algunas alhajas en prendas para la seguridad de la pension: si el arrendante perdia la posesion de alguna de estas cosas, tenia accion contra cualquiera poseedor de ellas para que se la restituyese. Ahora por nuestro derecho, este efecto y todos los demas estan refundidos en la cuasi serviana ó hipotecaria.

Se concede á toda especie de acreedores que hayan recibido prenda ó constituido hipoteca, para que habiendo perdido la posesion, ó enagenádose los bienes hipotecados, los vindiquen de cualquier poseedor con sus frutos y dependencias. Diremos, pues, que la accion llamada cuasi serviana ó hipotecaria es por derecho de España *una accion real que compete á todo acreedor que haya recibido prenda, ó tenga hipoteca tácita ó espresa en los bienes de su deudor, para que perdiendo la posesion de la prenda, ó enagenádose los bienes hipotecados, pueda repetirlos de cualquiera poseedor para retenerlos hasta la satisfaccion de su deuda* (1).

A las acciones reales se agregan las *perjudiciales*, que son aquellas por las cuales se controvierte sobre el estado de alguno. Llámanse asi, ó porque siempre son prévias á otro juicio que se ha de intentar, ó porque la decision que se solicita por su medio perjudica aun á otras personas entre las cuales nazca despues semejante cuestion, siendo regla general que los pleitos solo perjudican á los que litigaron (2). Son reales, porque con ellas el actor intenta vindicar una cosa como suya; v. gr., un señor á su siervo. Tantas son las acciones prejudiciales, cuantos son los estados de los hombres. Estos son tres: *de libertad*, *de ciudad y de familia.* Si uno sea libre ó siervo, es cuestion que pertenece al estado de libertad: si sea ciudadano ó estrangero, al estado de ciudad; y finalmente, si sea uno padre y otro su hijo, al estado de familia. Todas las acciones que se intentan para estas declaratorias son las que se llaman prejudiciales. Por ejemplo, un mozo se presenta al juez pidiendo la herencia de Ticio, como hijo suyo: los poseedores de ella niegan que sea hijo, ó que lo sea legítimo: ésta, pues, será accion prejudicial. Tres son las principales que se conocen de esta especie. La 1.ª es la causa

(1) L. 14. tít. 13. Part. 5., y 9. tít. 17. lib. 3. del Fuero Real.

(2) L. 20. tít. 22. Part. 3.

de libertad: en ella se encuentra una accion por la cual, ó el señor intenta hacer volver á la servidumbre á su siervo que se tiene por libre, ó éste siendo en la realidad libre y viviendo en injusta servidumbre la intenta contra el que se reputa su señor, para que se le declare libre. La 2.ª tiene lugar cuando alguno pretende se declare que es ingénuo y no libertino, esto es, que siempre ha sido libre, y que no ha recibido la libertad de aquel que se reputa como su patrono. La 3.ª es la que se llama *de agnoscendo alendoque partu*; y es una accion que se da, ó bien contra el padre que niega al hijo la filiacion para que le reconozca, ó bien contra el hijo para que haga lo mismo con su padre (1). Tambien tiene lugar esta accion en el caso de la herencia figurado arriba.

Las acciones personales son aquellas que nacen del derecho á la cosa, es decir, de la obligacion. Toda obligacion, segun hemos dicho ya (2), trae su orígen, ó inmediatamente de la equidad ó de la ley, ó nace de estas mismas fuentes, pero mediante algun hecho obligatorio, el cual, ó es lícito ó ilícito. En esta materia, despues de considerar la naturaleza de las acciones personales, trataremos en primer lugar de las que nacen de la equidad inmediatamente: en segundo de las que nacen de la ley: en tercero de las que dimanan de hecho obligatorio lícito; y en último de las que provienen de hecho obligatorio ilícito.

La naturaleza de las acciones personales consiste en que todas traen su orígen de la obligacion, ó como hemos dicho, del derecho á la cosa. A mas de esto nunca se dan contra un tercer poseedor, sino solamente contra aquel con quien se trató, en lo que principalmente se diferencian de las reales (*). Veamos ahora sus diversas especies.

(1) L. 20. tít. 22. Part. 3.
(2) Lib. 3. tít. 14.
(*) Por el derecho de los romanos habia otra diferencia entre las

La primera es de aquellas que nacen inmediatamente de la equidad; tal es en primer lugar la accion llamada á *exhibir ó mostrar.* Exhibir es dar á que se registre y vea públicamente una cosa mueble. Es necesaria esta accion siempre que intentamos vindicar una cosa mueble, pero ignoramos si será la nuestra ó nó; v. gr., me han hurtado á mí un libro, y oigo que Ticio ha comprado uno del mismo nombre, y que segun las señales que se me dan de él puedo hacer juicio de que es el mio: mas como no lo sé ciertamente, y Ticio no me lo quiere mostrar voluntariamente, puedo entablar contra él la accion llamada á *exhibir.* Esta, pues, es *una accion destinada á compeler al poseedor de cualquier cosa mueble á manifestarla ó exhibirla en juicio cuando en él se introduce ó quiere introducirse la peticion de ella; y caso de resistirse á la exhibicion, se le condene en cuanto el actor jure se interesa en su adquisicion* (1). De aqui resulta que puede corresponder esta accion al que quiera demandar la cosa por accion real, y al que la solicite por personal, como se interese en la exhibicion (2). Pero seria inútil y no debe intentarse de las cosas inmuebles, sino precisamente de las muebles (3), pues las otras estan patentes á los ojos de todos. Se esceptuan los materiales que componen edificio, los cuales no se pueden exhibir ni vindicar por prohibirlo el derecho.

Puede compelerse á la exhibicion á quien de ella no se sigue perjuicio, pues esta obligacion nace de aquella regla de equidad natural que hemos establecido en otra

acciones reales y personales: ésta era que todas las reales se llamaban *vindicaciones*, y las personales *condicciones*, lo que provenia de la costumbre observada de citar al reo a dia señalado para comparecer en juicio, á lo que llamaban *condicere.*

(1) Ll. 16. y 23. tít. 2. Part. 3.

(2) L. 16. en el princ., tít. 2. Part. 3.

(3) Dicha ley 16., y en ella Gregorio Lopez al n. 7.

parte: *quod tibi non nocet, et alteri prodest, ad id es obligatus*, ya se posea la cosa civil ó naturalmente, y tambien al que con dolo dejó de poseer, pero regularmente á espensas del que la solicite (1); y probando su derecho el actor, no solo se le ha de exhibir, sino tambien restituir, debiendo estarse al juramento *in litem* del actor cuando con dolo dejó de poseer la cosa, y segun él condenar al reo á la satisfaccion de cuanto jure; pero cuando sin dolo ni culpa del poseedor se deja de exhibir, puede obligarse por el juez á que dé caucion de hacerlo si vuelve á su poder (2). Tambien tiene lugar esta accion para obligar á los poseedores de instrumentos ó títulos á que los muestren á los que los necesitan, ó creen tener interés en ellos; y asi, debe mostrarse el testamento de un difunto á aquel que se tiene por instituido de heredero, ó con algun legado ó manda en él, y todos aquellos documentos que favorecen la intencion de alguno (3); lo que se funda en la misma regla de equidad que hemos notado.

Otra accion de las que dimanan inmediatamente de la equidad es la interrogatoria, y corresponde á aquellos que para entablar otra accion necesitan de hacer preguntas al reo sobre puntos que les interesan. Un caso práctico de esta accion se nos presenta en el que quiere entablar ejecucion por alguna cantidad que se le debe; v. gr., por préstamo, sin tener documento alguno, y si lo tiene no la trae aparejada. Este, pues, segun práctica del dia, debe presentarse al juez diciendo, que tanto tiempo ha dió en calidad de préstamo tal cantidad á fulano, y que habiéndole reconvenido varias veces, se escusa ó rehusa el pago, por lo que le suplica se sirva mandar que el citado deudor bajo de juramento declare si es cierto haber recibido

(1) L. 21. tít. 2. Part. 3.
(2) Véanse las leyes 16. 18. 19. 20. 21. y 22. tít. 2. Part. 3.
(3) L. 17. tít. 2. Part. 3., y 192. del Estilo.

la espresada cantidad, y verificada la respuesta tiene ya la confesion del reo, siendo clara, fuerza ejecutiva. La misma accion tiene lugar cuando por el actor se pide que reconozca el reo su firma, que se halla en algun vale simple, cuyo reconocimiento trae asimismo aparejada ejecucion. De lo dicho se infiere que la interrogatoria es *una accion personal por la cual el actor compele al reo á responder sobre algunas preguntas que le hace, y que son necesarias para comenzar ó para continuar el pleito* (1).

Son tambien acciones personales nacidas de la equidad los interdictos, pues no hay cosa mas justa que el que uno sea defendido ó amparado en su posesion, mientras que otro no pruebe tener mejor derecho á ella. Pero de esta clase de acciones se tratará en título separado (2). Lo son asimismo las restituciones *in integrum*, por medio de las cuales se rescinden aquellos negocios que parece debian valer, atendido el rigor de derecho. Pero como estas rescisiones se deben hacer con causas graves, éstas son la fuerza ó miedo grave, el dolo ó engaño, la menor edad, y la ausencia por utilidad de la republica, ó por otra justa causa, como estudios &c.; y de aqui nacen otras tantas acciones. La primera es la de miedo ó fuerza (3), mediante la cual se declara nulo, ó se rescinde el negocio ó contrato hecho por fuerza, ó por medio grave que cae en varon constante (4), y se compele al reo á restituir la cosa ó su estimacion (5). La segunda es la accion de dolo, que produce los mismos efectos de anular ó rescindir los contratos de buena fé en que interviene, y aun si no se de-

(1) L. 1. tít. 10. Part. 3.

(2) Tít. 15. de este libro.

(3) Llámase esta accion en latin *quod metus causa.*

(4) L. 7. tít. 33. Part. 7.

(5) Véase para esta accion la ley 56. tít. 5. Part. 5., y la 28. tít. 11. Part. 5., de donde se puede deducir.

claran nulos los de rigoroso derecho, como quieren algunos, se dirige la accion á que se enmiende la lesion, si fuere ésta en mas de la mitad del justo precio, ó á que el reo devuelva la cosa (1). La tercera accion, que es la de menor edad, no tiene nombre señalado; pero se da á aquellos que durante el tiempo de su menoría han sido dañados en algun negocio, contra aquellos de quienes recibieron el daño, á efecto de que se rescinda el negocio y el menor sea restituido en sus antiguos derechos (2). Esta misma accion compete á las iglesias, fisco, consejos y ciudades ó universidades, por estar éstas en perpetua curatela, y la podrán intentar cuando hayan recibido daño, por engaño ó negligencia, dentro de cuatro años contados desde el dia en que recibieron el engaño ó menoscabo, y dentro de treinta si el daño fuere tan grande que esceda de la mitad del precio de la cosa (3). La accion rescisoria es otra especie de restitucion, segun dijimos; pero ésta no es personal, sino real.

La accion llamada *condicion sin causa* es tambien personal proveniente de la equidad, y se puede tomar, ó como el género supremo de todas las acciones, ó como una accion especial que se da en el caso que falten otras, y no permite la equidad que uno lucre con detrimento de otro, que es como se toma aqui. En tales términos, siempre que alguno dió una cosa, no por causa futura ni torpe, ni tampoco pagó indebidamente, pero sin embargo otro la posee sin causa legítima, puede repetirla el primero, intentando esta condicion, la cual podemos decir que es *una accion personal que corresponde á aquel cuyos bienes posea otro sin justo motivo, para compeler á este detentador á que*

(1) Ll. 57. tít. 5. Part. 5., y 2. tít. 11. lib. 5. Rec., y 1. 3. 4. y 6. tít. 16. Part. 7.

(2) Ll. 1. y 2. tít. 19. Part. 6.

(3) L. 10. del mismo tít. y Part.

los restituya. Por ejemplo, se debe dar esta accion al sastre que habiendo perdido los vestidos que hacia, pagó el precio á su dueño, si llega el caso de hallarlos ó recuperarlos éste: al deudor que satisfizo el crédito, y solicite la devolucion del vale que aun retiene su acreedor: á la muger para recuperar la dote si el matrimonio se declara nulo, y otros semejantes. Finalmente, la accion pauliana nace tambien de la equidad; pero de ella trataremos entre las mistas.

En la otra clase de acciones personales se deben poner las que nacen inmediatamente de la ley, y se deberian llamar *accion ó condicion por ley.* Tenian lugar cuando los pactos no producian accion comunmente, sino solo algunos señalados, y principalmente aquellos en que alguna ley lo concedia. Era, pues, esta condicion una accion personal subsidiaria, que solo tenia lugar cuando la ley no la establecia señalada contra aquel, ó sus herederos, que estaba obligado á dar ó cumplir lo que la misma ley disponia. Mas en el supuesto de que por nuestro derecho y práctica todo pacto justo produce accion (1), y que nace tambien de cualquier ley para su cumplimiento, aunque no se esprese en ella, es inútil en nuestro foro dicha condicion.

La tercera clase comprende aquellas acciones personales que dimanan de un hecho lícito. Hecho obligatorio lícito llamamos á la convencion. Esta es, ó pacto, ó contrato; y el contrato, ó es verdadero, ó cuasi contrato: el verdadero, ó es nominado, ó innominado. De cualquier pacto, por desnudo que sea, como se conozca ó pueda probar la intencion de obligarse, nace accion, segun nuestro derecho, aunque no tiene nombre señalado; por lo cual es ocioso esplicar la accion de *constituta pecunia*, que no era

(1) L. 2. tít. 16. lib. 5. Rec.

mas que un pacto pretorio, lo mismo que la llamada *in factum de jurejurando* (1).

Por lo que hace á las acciones nacidas de los contratos verdaderos, tenemos poco que decir, por haber tratado ya de cada una en el título de su correspondiente contrato; y asi, aqui las enumeraremos solamente. Los contratos verdaderos, segun hemos dicho, ó son nominados, ó innominados. Los nominados son, ó reales, ó verbales, ó literales, ó consensuales. Los reales son cuatro: mútuo, comodato, depósito y prenda. Del primero nace la accion llamada *de mútuo*: del segundo la accion *de comodato*, directa y contraria: del tercero la accion *de depósito*, directa y contraria; y del cuarto la accion *de prenda*, asimismo directa y contraria.

Como en el dia no se encuentra contrato alguno á que llamemos verbal, tampoco hay accion que le corresponda. El literal es uno solo, y se verifica en el caso de haber confesado alguno por escrito que debe cierta cantidad, y dejado que pasen dos años, en virtud de lo cual nace accion para obligar al que escribió á que pague la cantidad que confiesa. Los contratos consensuales son cinco: compra venta, locacion conduccion, enfiteusis, sociedad y mandato. De todos ellos nacen acciones de su mismo nombre, ambas directas, á escepcion del mandato, en el que la una es directa y la otra contraria.

De los contratos innominados nacen tambien las correspondientes acciones, que se dan al que dió ó hizo por su parte, para obligar al que prometió dar ó hacer, á cumplir el contrato, las cuales como ellos no tienen nombre (2).

(1) Esta accion se concedia á aquel que juraba, qué y cuánto se le debia, habiéndose comprometido su deudor á pasar por su juramento, produciendo el efecto de compeler al deudor á pagar todo lo que el actor habia jurado que se le debia.

(2) Estas acciones se llamaban entre los romanos *in factum*, y

Síguense los cuasi contratos, y basta solamente referir sus acciones, pues estan esplicadas en otras partes. Estos cuasi contratos son en primer lugar el manejo ó administracion de negocios agenos, del cual nace una accion llamada del mismo nombre, directa y contraria. El 2.º es la tutela, de la que nace otra accion, asimismo directa y contraria. El 3.º es la herencia comun, de donde sale la accion llamada *familiae erciscundae* mista de real y personal; y asi trataremos de ella despues. El 4.º es la adicion de la herencia que produce una accion personal que compete á los legatarios y fideicomisarios, y á todos aquellos á quienes se debe algo del testamento, para obligar al heredero que aceptó á pagar los legados, fideicomisos y demas cosas dejadas en el testamento, con sus frutos y accesiones desde el dia de la muerte del testador. El 5.º es la paga indebida, de la cual nacen la condicion ó accion personal para repetir lo pagado en los casos que se esplicaron en su lugar. El 6.º es recibir los maestres, taberneros y mesoneros algunas cosas en su nave, taberna ó meson; y de la accion que se da contra ellos cuando los compañeros ú otros de los viajantes hurtan algunas cosas, ó hacen algun otro daño, se trató ya en donde corresponde (1). El último es el gasto ó espensas hechas en el entierro de algun difunto. Se verifica en el caso de que uno movido de piedad haya hecho dichos gastos de su cuenta, por no estar todavia aceptada la herencia, y no haber heredero que pueda hacerlos. Se dice que este es un cuasi contrato, porque propiamente no es mandato, supuesto que ninguno

tambien *praescriptis verbis*, porque debian concebirse en las demandas con ciertas y señaladas palabras, arreglándose á las que resultaban de las convenciones particulares, y deduciendo en juicio segun ellas la accion *in factum*; pero el dia de hoy no hay palabras algunas señaladas para introducir las acciones.

(1) Tít. 5. de este libro.

mandó, ni administracion de negocios agenos, porque aun no hay heredero de quien se administren, y al difunto no le pertenece ya esta administracion. Mas en este caso se concede al que hizo los gastos la accion llamada *funeraria*, que es *una accion personal que compete contra el heredero que aceptó la herencia, ó contra aquel á quien pertenecia hacer los gastos del funeral del difunto, para que restituya todo lo gastado por dicho motivo.* Esta accion es tan privilegiada, que el actor será preferido en la paga á todos los otros acreedores del difunto.

Resta esplicar la cuarta clase de acciones personales, que son aquellas que nacen de un hecho ilícito, á que llamamos delito. Este es, ó verdadero, ó cuasi delito. Verdaderos son en primer lugar aquellos cuatro delitos privados de que hemos tratado en los títulos anteriores. Del hurto, pues, que es el primero, nace la condiccion furtiva, que es una accion persecutoria de la cosa, y la accion de hurto que persigue la pena (1). De la rapiña, que es el 2.°, nace la accion de este nombre, ó la de hurto, ambas personales. Del daño hecho contra justicia nace otra accion de su mismo nombre, y de la injuria la accion de injurias, esplicadas ambas ya. Se agrega á éstas el delito de recibir algo por causa torpe ó injusta, y la accion que se concede para repetir lo dado se llama condicion por causa torpe, y es *una accion personal en virtud de la cual aquel que honestamente y con buen fin dió alguna cosa, puede repetirla del que la recibió por causa torpe ó injusta y de sus herederos, con sus frutos ó su estimacion en caso de haber perecido.*

Mas esta accion no tiene lugar si interviene torpeza de parte del que da y no del que recibe; v. gr., lo que se da á una meretriz despues de haber pecado con ella. Tam-

(1) De esta se trató en el tít. 1.°

poco se concede si hay torpeza de parte de uno y otro; v. gr., lo que se diese á un juez ú otro oficial público á efecto de sobornarlo. Infiérese, pues, que solo tiene lugar en el caso de que uno da por causa honesta, y otro recibe por torpe ó injusta; v. gr., por evitar el que se cometa un homicidio ú otro delito.

Otra accion procedente de delito es la llamada *de distrahendis rationibus*, y compete al huérfano para repetir contra su tutor cuando con dolo ó fraude ha usurpado parte de sus bienes, y ha dado cuenta fraudulosamente; y produce el efecto de compelerlo á que las liquide ó aclare, y pague lo que hubiere sustraido con el doblo.

Por lo que hace á los cuasi delitos, de cada uno de ellos nace su respectiva accion; pero no tiene nombre determinado, si no que se espresa con el del cuasi delito á que pertenece.

Esplicadas ya las acciones reales y personales, síguese ahora tratar de las mistas, que son aquellas que participan de la naturaleza de unas y otras, aunque por lo regular se pueden reducir á alguna de las dos especies.

Las principales acciones de esta naturaleza son las que se conceden para deslindar los términos comunes, para pedir la herencia ó dividirla, y para dividir cualquiera otra cosa comun, á las que agregamos la accion pauliana, porque siendo en realidad personal, tiene tambien algo de real. La accion para deslindar los términos comunes, á que dicen en latin *finium regundorum*, es de aquellas que se llaman dobles, porque en el juico que se intenta ambos litigantes pueden instruirla como actores. Tiene lugar en cualesquiera terminos, mojones ó límites oscurecidos ó confusos, para que averiguándose su antigua situacion se restablezcan ó se termine el pleito por adjudicacion de partes señaladas (1). Es mista de personal y real, porque se ins-

(1) L. 10. v. Otrosi decimos. En el mismo tít. 15. Part. 6.

truye contra el que dió ocasion al litigio, y para vindicar una cosa en que se tiene dominio; y asi, compete como directa á solos los dueños de los predios y como útil á los que en ellos tienen derechos útiles; v. gr., los usufructuarios. Tambien compete ó se da no solo para arreglar los límites, sino para la recuperacion de cuanto interesa de los frutos percibidos y daño causado.

La segunda accion mista y tambien doble es la que se da para dividir una cosa comun, y trae su orígen de que ninguno puede ser obligado á permanecer en comunidad con otros por los inconvenientes que de ello resultarian. Supuesto este principio, se introdujo la accion *communi dividundo*, porque como la del contrato de compañía pertenece mas á las prestaciones personales que á la division de las cosas comunes, fue preciso inventar una que solo tuviese este objeto, bien naciese la comunidad de compañía, ó bien de otra cualquiera causa, escepto herencia y confusion de términos. De lo dicho se infiere que esta es una *accion que compete directamente por razon del dominio á cualquiera de los que poseen como dueños pro indiviso alguna cosa para que se divida y se presten los frutos percibidos* (1).

La accion de division de herencia, dicha *familiae erciscendae*, se concede para dividir los bienes de ella judicialmente, cuando no se han convenido los coherederos á ejecutarlo por sí. Es tambien mista de real y personal, porque se da para conseguir las cosas hereditarias: de lo que se deduce que por ella se exigen los frutos percibidos de la herencia comun, y por el contrario se satisfacen las espensas hechas en ella (2).

La accion de peticion de herencia se cuenta entre las mistas por nacer no solo de derecho en la cosa, sino tam-

(1) L. 2. tít. 15. Part. 6.

(2) Véase el tít. 15. Part. 6, y principalmente la ley 10.

bien de derecho á la cosa, pues dimana del derecho hereditario, y del cuasi contrato que hay en el caso de que uno administra una herencia comun. Es, pues, *una accion por la cual el heredero pide la herencia que le compete, con todos los frutos y accesiones que les corresponden desde el dia de la muerte del testador.* Se da esta accion al heredero, ya sea por testamento ó abintestato, contra aquel que se reputa como heredero, ó que posee de otra suerte ó sin causa alguna para obligarlo á que restituya la herencia con sus frutos, segun hemos dicho, y resarza los daños, si los hubiere causado.

La querella de inoficioso testamento no es otra cosa que *una especie de peticion de herencia*, ó *una accion que compete á los desheredados*, *contra los herederos instituidos en el testamento*, *para pedir que se rescinda el testamento*, *y ellos sean admitidos á la herencia como herederos abintestato.* No nos estendemos mas en esta accion por estar esplicada ya en otra parte (1).

Finalmente, hemos agregado á las acciones mistas la pauliana por tener tanto de las reales y personales, que por unos autores es tenida por solo real, y por otros por solo personal (2). En efecto, si no es mista es de una naturaleza especial, y corresponde cuando el deudor enagenando sus bienes intenta defraudar á sus acreedores, y con efecto se verifica asi. Por esto no debe introducirse hasta que hecha escusion en sus bienes se acredite la insolvencia (3). Debe intentarse siempre que el deudor por cualquier hecho que disminuya su patrimonio se hace insolvente; pero no cuando por alguno deja de adquirir. Se da contra los que

(1) Lib. 2. tít. 18. de estas instituciones.

(2) Por solo real la tiene el teatro de la legislacion fundándose en Justiniano: por solo personal la tiene Heinnecio en este tít.

(3) Arg. de la ley 7. ibi. *porque non puedan fallar de lo suyo*, tít. 15. Part. 5.

adquieren bienes del deudor fraudulento por título oneroso y con noticia del fraude; y contra todos los que los obtienen por título lucrativo, aunque lo ignoren (1). Se puede intentar esta accion dentro de un año computado desde el dia que supieron la enagenacion (2). Es, pues, la accion llamada pauliana *una accion que se concede á los acreedores para rescindir ó revocar las enagenaciones hechas por sus deudores en fraude suyo, obligando á los poseedores á que restituyan lo recibido con sus frutos.* (*).

(1) Dicha ley 7. en el medio, tít. 15. Part. 5.
(2) Dicha ley 7.

(*) Para la exacta inteligencia de esta accion, que es importante en la práctica, anotaremos lo que dicen algunas leyes sobre ella. Una, declara por enagenacion fraudu'enta la que hace el deudor personal de todos sus bienes, despues que es condenado al pago de sus deudas, y antes de haberse trabado la ejecucion en ellos (1). En la misma se concede la revocacion de la donacion hecha en vida ó legado en testamento cuando se perjudica á los acreedores: y tambien podrán revocarse segun ella las ventas, cambios, donaciones en dote ó prenda, justificando el acreedor que el que asi la recibió sabia la dolosa intencion de su deudor en fraude de los acreedores, concediendo á los menores de veinte y cinco años el privilegio de que no puedan ser despojados de los bienes adquiridos por los títulos ya espresados, aunque supiesen el engaño, sin que se les abone el precio que por ellos dieron (2). Otra ley declara fraudulenta la enagenacion ejecutada contra los acreedores cuando estos por sí ó por otros se opusieron á que se efectuase (3). Pero no se tiene por tal cuando el deudor da en pago de una deuda legítima á su acreedor bienes que deducidos de su patrimonio lo hacen insolvente para con otros; de cuya regla se esceptúa el caso de que hubiese ya hecho cesion de ellos de su voluntad ó por mandato del juez (4). Tambien está prevenido en ellas obtenga para sí los bienes del deudor, sin comunicarlos á los demas acreedores, aquel que sabiendo que huye por no pagar se los toma de su autoridad por hallarlo en despoblado, ó con la del juez, si estaba el deudor en lugar

(1) L. 7. tít. 15. Part. 7.
(2) Dicha ley 7.
(3) L. 8. del mismo tít.
(4) L. 9. tít. 15. Part. 5.

Pero es de advertir que no tiene lugar esta accion contra el acreedor que fue vigilante en cobrar, aunque por esto no queden bienes para la satisfaccion de los otros, ni contra el comprador que los adquiere con ciencia y tolerancia de aquellos.

§. II.

De las acciones persecutorias de la cosa, penales y mistas.

Hemos concluido la primera division de las acciones: síguese la segunda, por la cual unas son persecutorias de la cosa, otras penales y otras mistas. Persecutorias de la cosa son aquellas por las cuales solo pedimos lo que se nos debe ó ha salido de nuestro patrimonio. De esta calidad son: 1.° Todas las acciones reales. 2.° Todas las que nacen de

donde le habia, con tal que los bienes aprehendidos valgan tanto como la deuda del que los tomó, pues en lo que escedan deben comunicarse (1). Igualmente declara otra que la restitucion de la cosa enagenada con engaño debe hacerse con los frutos, y en el estado que estaba al tiempo de la enagenacion, y los que produjese desde el dia en que se demandase en juicio hasta la sentencia, deduciendo las espensas hechas en la recaudacion de estos ó mejoras en la cosa. Pero los frutos que ésta produzca en el medio tiempo desde la enagenacion á la demanda son del comprador (2).

Por último, precaviendo todo fraude en la materia se declara insubsistente la remision de la deuda hecha por alguno á su deudor en perjuicio de los acreedores del que la perdona, cuando sabe el engaño aquel á cuyo favor se hizo. Tampoco se liberta de la obligacion al pago el fiador cuando se le echa fuera de la fianza, sabiendo él que se hace en fraude de los acreedores; antes en el caso de ignorar este hecho el deudor principal, es obligado dicho fiador al pago de toda la deuda, teniendo bienes suficientes, y solo en defecto de estos el deudor principal; de cuya obligacion se exime el fiador, ignorando el fraude cometido por su deudor. L. 12. del mismo tít. 15. Part. 5.

(1) L. 10. del mismo tít.

(2) L. 11.

la equidad natural, pactos y contratos, escepto la accion del deposito miserable, que en el caso de que el depositario lo niegue dolosamente se da en el doblo; y asi es mista de persecutoria y penal. 3.º De los delitos solamente hay dos acciones puramente persecutorias de la cosa, y son la condicion furtiva, y la accion de sustraccion de cosas; y es aquella que compete á los casados cuando alguno de ellos durante el matrimonio, pero principiada la causa de divorcio, quitase, ocultase, vendiese ó consumiese alguna cosa por sí ó por medio de otros, para que la restituya con sus dependencias ó frutos, verificado el divorcio. Puramente penales se llaman aquellas por las cuales solo se persigue la pena. Estas no son muchas, y solo provienen de delitos; y son la accion de hurto, la de injurias, la de lo suspendido ó colgado en algun lugar donde pueda caer y hacer daño, y la de las cosas derramadas ó arrojadas, en el caso de causar la muerte á alguno. Mistas son por las que juntamente se persigue la cosa y la pena. Estas son: 1.º La accion de depósito miserable, por la cual se consigue el doblo, en que se incluye la cosa y la pena. 2.º La accion del legado dejado á lugares sagrados ó á causas piadosas, pues en el caso de que el heredero niegue que lo debe, ó retarde maliciosamente su solucion, se le condena tambien al doblo. Finalmente, son mistas de persecutorias de la cosa y penales todas las acciones que nacen de los delitos, de que hemos tratado ya.

§. III.

De las acciones por las cuales se pide el simplo, duplo &c., y de las de buena fé de rigoroso derecho y arbitraria.

Aunque en nuestro derecho se encuentran leyes que dan acciones para pedir mas de la cosa que se debe, como

es el doblo, tres tantos ó cuatro, con todo, la práctica del dia acredita que no tienen uso tales acciones en esta parte, y que con razon se dice comunmente que es feliz el que consigue, mediante la accion que intenta, su cosa solamente, por lo que omitimos gastar el tiempo en hacer una larga enumeracion de ellas.

Del mismo modo en el dia no se conoce la distincion que habia antiguamente entre acciones de buena fé, de rigoroso derecho y arbitrarias; mas para dar una completa idea de este título, diremos brevemente lo que eran, remitiendo á los que deseen mas estension en esta materia á los autores que de ella tratan (1).

Acciones de buena fé eran aquellas por las que no estaba el juez ligado á ciertas fórmulas, antes por el contrario con libertad podia determinar lo que segun bondad y equidad debe darse y recibirse por los colitigantes. Tales eran todas las que nacen de contratos ó negocios bilaterales, en los que es mútua la obligacion. Las de rigoroso derecho eran aquellas que compelian al juez á sentenciar segun lo convenido espresamente por las partes, de suerte que no podia adjudicar nada mas de lo que se contenia en la cantidad cierta y espresa de la convencion; y de esta naturaleza eran todas aquellas que traían su orígen de negocios unilaterales, como la que nace del mútuo, de la estipulacion, del contrato literal, de la paga indebida, y del testamento. Las acciones arbitrarias se daban cuando el juez habiendo graduado primeramente, conforme á equidad, cuánto debia pagar el reo, éste por malicia ó contumacia no queria obedecer, por lo que le condenaba á satisfacer del modo que á su arbitrio juzgaba conducente, ó en cuanto juraba el actor que le interesaba. Entre estas acciones se contaban todas las reales (escepto la peticion de he-

(1) Vinn. en el §. 28. de este tít. Heinn. en el mismo tít. desde el §. 1181 hasta el 91.

rencia), la accion de lo obrado por miedo, y la de dolo, la accion á exhibir, la accion de lo que se prometió pagar en cierto lugar, con la cual aquel á quien se le prometió la paga en determinado lugar repite contra el que no le pagó en el lugar prometido, para que le satisfaga todo el daño causado é intereses; la accion redhibitoria, que es la que se da para rescindir la venta de cosa viciosa, y la que compete para deslindar los términos comunes.

En esta cuarta division de las acciones se trata regularmente, como por via de apéndice, del daño que resulta al actor pidiendo en juicio mas de lo que se le debe; acerca de lo cual diremos algo. Es principio sentado que el actor, siempre que sea posible, debe pedir una cantidad determinada; de suerte que no basta que diga: *Ticio me debe mucho*, sino que debe espresar cuánto le debe; v. gr., seiscientos pesos, pues de lo contrario no podrá el juez, como debe, dar una sentencia precisa y determinada. Mas se añade que asi se debe practicar, siempre que sea posible, porque en muchas acciones no lo es; v. gr., en las acciones hereditarias, y en otras universales, en las cuales el heredero pide la herencia aunque ignore á cuánto ascienda su valor, lo que aparecerá despues por el inventario que se haga.

Antiguamente era tan rigoroso el derecho en este particular, que el que pedia, aunque fuese un real mas de lo que se le debia, se le condenaba á perderlo todo (1). El pedir mas era de varios modos: se pedia mas *en cosa* cuando se pedia mayor cantidad de la que se adeudaba; v. gr., quinientos pesos por cuatrocientos: *en tiempo* cuando se pedia mas luego ó antes de que llegase el dia; v. gr., si se pedian el dia de hoy cien pesos que no se debian pagar sino hasta despues de un año; ó por razon *del lugar*, co-

(1) L. 43. tít. 2. Part. 3.

mo si se pide en lugar en que es mas incómodo para el deudor el pagar que aquel en que prometió hacerlo; ó finalmente, por cualquiera otro motivo que haga mas gravosa ó mayor la paga, que llaman *mas por causa*; v. gr., si se pide puramente lo que se debe bajo de condicion que no se ha cumplido: si se pide precisamente al esclavo Ticio, habiéndose prometido dar á Ticio ó á Cayo alternativamente. En todos estos casos, y en otros semejantes, lo perdia todo el actor por haber pedido mas (1). Este rigor está mitigado en nuestro derecho; y asi, se halla establecido que el que pide mas por razon del tiempo, es decir, el que pide antes de tiempo, tenga la pena de que se le duplique el que debia esperar; v. gr., debia uno pagar de aqui á un año, si le cobra ahora su acreedor, tendrá que aguardar dos años en pena (2). El que pide mas por razon del lugar ó de la causa tiene la pena de pagar el tres tanto de todos los daños y perjuicios que haya causado con su demanda (3). Finalmente, el que pide mas en cosa debe pagar las costas del pleito, como tambien el que pide mas en tiempo; pero ninguno pierde lo que en realidad se le debe (4). Mas esta severidad de las leyes de Partida, aun mitigada algun tanto no tiene lugar en el dia; y asi al que pide mas solo se le condena en las costas, como injusto litigante. Por otra parte, enmendando el actor el libelo ó peticion que ha presentado al juez, como puede, antes de la sentencia (5), ó evitará del todo la pena no causando perjuicio al reo, ó la disminuirá tanto cuanto se disminuían las actuaciones que se hubieran de hacer continuándose el pleito, pues en todo caso se le condena en las costas.

(1) Dicha ley 43. tít. 2. Part. 3.
(2) L. 45. tít. 2. Part. 3.
(3) Dicha ley 45.
(4) L. 43. del tít. 2. Part. 3.
(5) L. 10. tít. 17. lib. 4. Rec.

§. IV.

De las acciones por las cuales se consigue todo lo que se debe, y de las con que se consigue menos.

Resta solamente tratar de la quinta division de las acciones, y la mas fácil: ésta es, que hay unas acciones por las cuales se consigue el todo de lo que se debe, y otras con las cuales se consigue menos. Sentamos por regla general que el todo se consigue ordinariamente con cualquiera accion, ya sea real, ya personal. Pero hay ciertos casos en que se consigue menos, y estos sirven de escepciones de la regla dada.

El primer caso es en la accion de peculio: ésta tiene lugar cuando el hijo de familias ó siervo que tiene peculio profecticio ha comerciado y contraido deudas: entonces los acreedores deben intentar la accion de peculio contra el padre ó el señor para obligarlo á que pague hasta donde alcance el peculio. De consiguiente, si hay menos en el peculio que la cantidad que se adeuda, los acreedores reciben menos que el todo de la deuda (1). Pero de esta accion trataremos de propósito en el siguiente título.

El segundo caso se verifica en la compensacion: ésta, segun hemos dicho en otra parte, es *un contrapeso ó equilibrio de la deuda ú obligacion del deudor y del acreedor*. De aqui es que produce efectos de paga y disminuye la obligacion por ministerio del derecho (*ipso jure*), á lo menos, hasta la suma concurrente; v. gr., finjamos que Ticio se presenta contra Cayo diciendo que le debe mil pesos: mas Cayo por su parte prueba que Ticio le debe seiscientos: entonces esta suma se compensará con aquella; y asi á

(1) Arg. de la ley 5. tít. 17. Part. 4.

Ticio solo se le adjudicarán cuatrocientos, es decir, menos del todo (1).

El tercer caso es cuando se goza del *beneficio* llamado *de competencia*, el cual no es otra cosa *que un privilegio personal que hace que quien lo goza no pueda ser condenado á pagar mas de lo que pueda cómodamente*, es decir, que á quien tiene beneficio de competencia no se le quita cuanto tiene hasta obligarlo á mendigar, sino que se le deja lo necesario para que subsista. De este privilegio gozan unos por razon del parentesco, como los ascendientes y descendientes; y otros por justas consideraciones, como el marido y la muger, el patrono y el liberto, los socios y los que son reconvenidos por donacion (2). A los parientes se agregan con mucha razon los hermanos, porque aunque no les conceden espresamente este beneficio nuestras leyes, pero se hace argumento de mayoridad de razon con los socios, que lo gozan por reputarse como hermanos (3). Por conmiseracion se concede este beneficio al deudor que de buena fé hizo cesion de todos sus bienes, para que si despues viniere á mejor fortuna no sea obligado á pagar mas de lo que pueda, quedándole siempre lo necesario para su cóngrua sustentacion (4).

TÍTULO VII.

DE LAS ACCIONES QUE RESULTAN DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON LOS QUE ESTAN EN AGENA POTESTAD.

Despues de haber esplicado en el precedente título las cinco primeras divisiones de las acciones, síguese esplicar

(1) L. 20. y sig. tit. 14. Part. 5.

(2) Ll. 1. tit. 15. Part. 5., y 15. tít. 10. de la misma Part.

(3) Arg. de la ley 1., y 10. tít. 10. Part. 5.

(4) L. 3. tit. 15. Part. 5.

en este la sexta; á saber: que unas acciones nacen de *hecho nuestro*, y otras de *ageno*, esto es, de un hijo de familias, de un siervo, ó de algun cuadrúpedo nuestro. Trátase, pues, aqui de las acciones que se dan contra el padre ó el señor por los contratos de los hijos de familia ó siervos: en el siguiente título de las que corresponden contra el señor por los delitos de los siervos; y finalmente en el nono de las que se dan contra el poseedor por los daños causados por sus bestias.

Todas las acciones que se tratan en este título tienen la particularidad de ser un cierto género supremo (1), bajo del cual se comprenden varias especies de acciones, y tantas cuantos son los contratos y cuasi contratos. Por ejemplo, la accion de peculio es género: si el hijo de Ticio debe por razon de mútuo, se puede intentar contra el padre la accion de *mútuo de peculio*: si debe por compra, la accion de *venta de peculio*; y asi de las demas. De suerte que el ser de peculio es una *calidad añadida* á las acciones que nacen de los contratos celebrados por semejantes personas; y lo mismo se debe decir de las demas de que se trata en este título.

Si se pregunta ¿por qué el padre ó el señor quedan obligados por los contratos hechos por sus hijos ó siervos? podemos responder á esta cuestion dando dos causas de esta disposicion, una remota y otra próxima. La remota es, porque el vínculo de la potestad, ya sea paterna, ya dominica, induce unidad de persona; y asi el padre y el hijo, el señor y el siervo se reputan en derecho como una misma persona; de donde podemos inferir que lo que el hijo y el siervo trataron, lo trató el padre ó el señor. Pero en realidad esta razon es remota y fundada en una especie de ficcion, y tan trascendental que de ella se podria

(1) En latin se llaman estas acciones *adjectitiae qualitatis*.

inferir que aun por los delitos del hijo podia ser reconvenido el padre; y asi es necesario recurrir á otra razon mas inmediata. Esta comprende cuatro casos: 1.º Si el padre ó señor mandó al hijo ó siervo contraer. 2.º Si el padre ó señor puso al hijo ó siervo de negociante. 3.º Si el padre ó señor dio al hijo ó siervo peculio para que negociase con él. 4.º Si lo adquirido por el hijo ó siervo en sus contratos se convirtio en utilidad del padre ó señor. De aqui se coligen las acciones de que se ha de tratar en este título; á saber: 1.º De la accion de mandato del padre ó dueño. 2.º De la accion ejercitoria é institoria. 3.º De la tributoria. 4.º De la accion de peculio. 5.º De la accion de lo convertido en utilidad propia.

La primera accion es la de mandato del padre ó dueño. Este mandato ó precepto (que esto quiere decir la palabra *jussum*) se diferencia del mandato, de que hemos tratado en el libro antecedente. Aquel es un verdadero contrato que requiere el consentimiento de ambos contrayentes, lo que no se puede verificar en el padre y el hijo, ni entre el señor y el siervo, que no se reputan por dos, sino por una persona: luego éste de que tratamos no se puede llamar en rigor mandato, sino un precepto que los padres ó dueños imponen á sus hijos ó siervos. De consiguiente, si el padre manda á su hijo contraer ó negociar, ó á un siervo el señor, es lo mismo que si el padre ó señor hubieran contraido ó negociado, y quedan obligados por está accion, la que podemos decir que es *una accion personal que corresponde á aquel que contrajo con un hijo de familias ó siervo, que tenia órden de su padre ó señor para contraer, á efecto de obligar á estos ó á sus herederos á que cumplan el contrato celebrado en todas sus partes* (1).

Siguense las acciones ejercitoria é institoria, para cuya

(1) Arg. de la ley 2. tit. 16. lib. 4. Rec., en la que se previene que de cualquier modo que conste que uno quiso obligarse, quede obligado.

inteligencia es necesario esplicar algunos vocablos. *Ejercitor* en lengua latina se llama aquel que trata de cargar una nave, suya ó alquilada, para echarla al mar, de suerte que á él, como á dueño, pertenecen los emolumentos ó réditos de ella. Este por lo comun pone á otro en su lugar para que entienda en las negociaciones, presida y gobierne la nave, el cual se llama *maestre de nave, capitan,* y aun *patron*, siendo indiferente el que sea padre ó hijo de familia, libre ó siervo, mayor ó menor. Al que ponen los mercaderes en sus tiendas públicas para que en su nombre gire y gobierne la negociacion en ellas, llaman en latin *institor*, y entre nosotros se conoce con el nombre de *factor ó cajero mayor.* Tampoco importa el que éste sea padre ó hijo de familias, siervo ó libre, mayor ó menor. Finalmente, las condiciones que se prescriben por el dueño al maestre de nave ó factor para que las guarde precisamente en el comercio se llaman *instrucciones.* Ahora, pues, si un mercader inglés envia á España una nave con su correspondiente maestre, y los mercaderes españoles contraen con él, parece que en rigor no deben estos tener accion contra el mercader inglés, supuesto que no contrajeron con él, sino con el maestre: mas nuestro derecho, siguiendo la equidad, concede á estos la accion llamada *ejercitoria*: es, pues, esta *una accion personal que compete á los que contrajeron con el maestre del navío conforme á la instruccion recibida contra el ejercitor ó dueño para obligarlo á cumplir el contrato celebrado con el maestre* (1).

De la misma naturaleza es la institoria, la que tambies es *una accion personal que corresponde á aquel que conforme á instruccion contrajo con algun factor, contra el mercader que lo puso en la tienda, para obligarlo á cumplir el contrato celebrado con el factor* (2).

(1) L. 7. al fin, tít. 21. Part. 4.
(2) Dicha ley 7.

Mas acerca de estas acciones se debe observar: 1.º Que queda siempre en arbitrio de los actores intentar la accion que tienen contra el maestre ó factor, ó la que igualmente les corresponde contra el ejercitor ó mercader, pues esta accion concedida por equidad no debe quitar la directa que tiene cualquiera contra la persona con quien contrajo. 2.º Que no tienen lugar estas acciones por delito del maestre ó factor, como ni tampoco por otros contratos que no pertenezcan al oficio en que estan puestos (1). Y la razon es, porque los que los pusieron en aquel cargo solo estan obligados en fuerza del consentimiento que dieron para los contratos que celebrasen, y deben constar de las leyes de la instruccion que les hayan dado.

Síguese la accion tributoria (*), que en el dia no tiene uso alguno, ni se hace mencion de ella si no en el derecho de romanos, por lo que no parece regular tratar de ella en unas instituciones que solo tienen por objeto el derecho de España.

(1) Arg. de la ley 7. ya citada, deducido de aquellas palabras: *con quien quier que los faga por razon de aquel menester ó mercaduría en que lo pone:* al núm. 3.º

(*) Porque no se ignore qué cosa era esta accion, la trataremos brevemente por via de nota. Entre los romanos, si un hijo de familias que habia comerciado con el peculio profecticio quebraba por haber contraido muchas deudas, y sus acreedores lo urgian para que pagase, en este caso no necesitaba de recurrir al juez, sino solamente á su padre, que tenia la calidad de juez doméstico. Este, pues, estaba obligado á distribuir prorata entre los acreedores las mercaderías procedentes del peculio, y á esto llamaban *distribuir*, en latin *tribuere*. Pero sucedia muchas veces que el padre fuese injusto y no guardase la igualdad debida en esta distribucion, prefiriendo un acreedor á otro de mejor derecho; y para que este daño se remediase, se daba á los acreedores la accion *tributoria*, que competia á aquellos á quienes se habian distribuido mal las mercaderías del peculio del hijo ó siervo, contra el padre ó señor, para obligarlo á que ejecutasen una distribucion arreglada. De lo dicho se infiere claramente el motivo de estar abolida esta accion, pues en su caso, aun cuando se forme concurso de acreedores, no corresponde al padre ni al señor la graduacion de los créditos ni el pago, sino al juez.

La quinta accion es la de peculio. Peculio se llama un pequeño patrimonio que el hijo de familias ó siervo posee con separacion del caudal de su padre ó señor. Mas como éste por razon del hijo sea de muchas maneras, y se divida en militar y pagano, y de estos el primero en castrense y cuasi castrense, y el segundo en adventicio y profecticio, aqui solamente se habla del profecticio, que es aquel que dimana de los bienes del padre. Ahora, pues, si el padre á su hijo ó el señor á su siervo dió peculio para que negociase con él, y este hijo ó siervo contrajo deudas, ó quedó responsable en algunos contratos que celebró, en este caso los acreedores á quienes se debe algo tienen la accion de peculio contra el padre ó señor, y sus herederos, hasta donde alcance el peculio. Estan, pues, obligados el padre y señor en todo el valor del peculio, y si hay poco ó nada en él, poco ó nada pagan: por esta razon referimos en el título antecedente esta accion entre aquellas por las cuales no siempre se consigue el todo. Concluiremos con su definicion en términos para mayor claridad. Es, pues, *una accion personal de calidad adherente á todos los contratos, que se da contra el padre ó señor por el contrato celebrado por el hijo ó esclavo que tiene peculio, para obligar á pagar hasta donde alcance el valor de éste*.

La última accion perteneciente á este título es la que se llama *de lo convertido en utilidad propia*, en latin *de in rem verso.* Se introdujo esta accion en favor de los que contrataban con los hijos de familia ó esclavos, para repetir por medio de ella contra sus padres ó señores, estinguido el peculio, todo cuanto se hubiese convertido en su utilidad ó entrado en su patrimonio. El caso de ella se puede figurar de esta suerte: un padre ó señor no mandó á su hijo que contragese; mas con todo el hijo ó siervo contrajo de modo que resultó utilidad ó aumento en su patrimonio, ya sea porque recibiese algo del contrato, como si compró

algunos cajones de libros y los remitió á su padre, ó ya sea que éste dejase de hacer algunos gastos necesarios con su dinero, y los hiciese con el que el hijo habia tomado á mútuo, como si reparó su casa que amenazaba ruina, y pagó á sus acreedores (1). Se funda, pues, esta accion en aquel principio de equidad, que ninguno debe enriquecerse con detrimento de otro, y por lo mismo, aunque se introdujo directa por los contratos de hijos de familia y siervos, se da tambien útil contra cualquiera, por lo que otros hagan á su nombre, verificándose haberse convertido en su provecho (2). De lo dicho se infiere que la que hemos esplicado es *una accion personal que se da contra el padre ó señor por la responsabilidad que les resulte de los contratos celebrados por su hijo ó siervo que administraron peculio, en cuanto se haya convertido en su utilidad.*

TÍTULO VIII.

DE LAS ACCIONES QUE NACEN DE LOS DELITOS DE LOS SIERVOS, LLAMADAS NOXALES.

Las acciones esplicadas en el título antecedente dimanan de contratos: síguense ahora las que nacen de delitos de los siervos. Se llaman noxales de esta palabra *noxia*, por la que se entiende en derecho cualquier daño causado por algun delito de un siervo. *Noxa* se llama al mismo siervo que causó el daño, ó cometió el delito; pero aunque esta es la rigorosa significacion de estas palabras, se suelen confundir y usurpar promiscuamente. Es, pues, accion noxal *la que intentan aquellos á quienes ha dañado algun siervo, contra cualquiera que lo posee, á efecto de obligarlo, ó á que resarza el daño causado, ó á que entregue el siervo*

(1) L. 7. tit. 1. Part. 5.
(2) Ll. 5. y 6. tit. 1. Part. 5.

á la noxa, es decir, que lo entregue al dañado en manera de satisfaccion (1).

La naturaleza de estas acciones consiste en dos cosas. 1.ª Que todas, como las del título antecedente, son de calidad adyecticia, ó adherente, que comprenden bajo de sí tantas especies cuantos son los delitos privados, y cuasi delitos que pueden cometer los siervos; y asi, si un siervo cometió hurto, se da la accion noxal de hurto: si injuria, accion noxal de injuria: si daño arrojando ó derramando, accion noxal de lo arrojado ó derramado. 2.ª Que esta accion es equivalente á real, por que se da contra cualquier poseedor; y asi, el que tiene en su poder al siervo al tiempo de la contestacion del pleito es el reconvenido noxalmente. Mas si el siervo fuese manumitido, entonces él mismo seria reconvenido, no con accion real, sino con la directa, procedente del delito cometido.

De la definicion dada se deduce claramente contra quién se dan estas acciones; á saber: contra el señor, pues parece justo que ya que éste lo adquiere todo por el siervo, tambien sufra el daño cuando lo cause. Mas como podia acontecer que la pena importase mas que el valor del siervo, se tuvo por conveniente conceder al señor arbitrio para que escogiese una de dos, ó resarcir el daño, ó desamparar el siervo (2).

TÍTULO IX.

DE LAS ACCIONES QUE RESULTAN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS CUADRÚPEDOS Ó BESTIAS.

Acerca de este título, para proceder con claridad debemos distinguir tres casos. El 1.º cuando una bestia mansa contra su natural instinto ó costumbre y sin instigarla hizo

(1) Ll. 4. tít. 13., y 5. al fin tít., 15. Part. 7.
(2) L. 5. al fin, tít. 15. Part. 7.

daño; v. gr., cuando un caballo da coces: el 2.º cuando dañó en las cosas agenas por hechos naturales; v. gr, un buey pastando en prado ó mieses de otros; y el 3.º cuando el daño proviene de una bestia de las que se llaman fieras, como leon, oso, tigre &c.

Para todos estos casos, aunque por nuestro derecho no tienen nombre distinto las acciones que resultan, se debe proceder en ellos con distincion, por no ser una misma la pena que se impone en todos (1).

La accion que resulta en cualesquiera de ellos se llama de daño causado por las bestias, llamada en latin *pauperies*, aunque esta palabra se usurpaba para significar el daño ocasionado por un cuadrúpedo contra su naturaleza, conforme esplicamos en el primer caso. Sea, pues, por hecho contrario á su natural mansedumbre, sea por un hecho natural, corresponde por nuestro derecho *una accion contra cualquier poseedor del animal que dañó sin ser irritado ni instigado, para que, ó resarza el daño causado, ó entregue la bestia* (2). Se dice que esta accion se intenta contra cualquier poseedor, porque no es puramente personal, sino que tiene esta calidad de real (3). Se dice que ha de haber dañado sin ser irritado ni instigado, porque si alguno la espantó ó la irrito, no se da esta accion, sino la de daño causado sin derecho, y no contra el señor de la bestia, sino contra el que la irritó (4). Finalmente se añade que debe el dueño resarcir el daño ó entregar el animal, porque esta accion es *noxal* que tiene por su naturaleza esta alternativa, y milita para ella la misma razon

(1) Por derecho de romanos la primera accion se llamaba de *pauperie*: la segunda *de pastu pecorum*; y la tercera se llamaba *Edilicia*; pero nosotros a cualquier daño de estos tres podemos llamar *pauperies*.

(2) Ll. 22. y 24. tít. 15. Part. 7.

(3) Arg. de la ley 22. ya citada.

(4) Dicha ley 22. al fin, tít. 15. Part. 7.

que dimos en el título antecedente.

Tiene tambien por efecto esta accion cuando es intentada por daños hechos en huertas, mieses ú otras cosas de alguno, causados por los animales á sabiendas del dueño, ó por malicia suya ó del pastor que los guarda, de obligar á la satisfaccion del doblo de todos los daños conforme los valuaren hombres inteligentes (1). Pero aun cuando se encontrase á las bestias ó ganados haciendo el daño, no será lícito matarlos, herirlos, ni hacerles mal alguno, solo sí cogerlos para llevarlos ante el juez (2).

Ultimamente, por lo que hace al tercer caso que se agrega á este título, aunque en rigor no pertenece á él, se concede accion al que recibió un daño estimable de una bestia fiera mal guardada, contra el dueño que no tuvo el cuidado debido con su seguridad, para obligarlo á que pague el dos tanto del daño causado (3). Mas si el daño fuese inestimable, como si la fiera mordiese ó lastimase á un hombre libre, por la misma accion será obligado el señor de la bestia á pagar las espensas de la cura, y todos los daños y menoscabos que se le sigan, ya por la cesacion de obras, ya de otra manera, como si quedase impedido para siempre. Y si muriere, deberá pagar doscientos maravedís de oro, la mitad para los herederos del muerto, y la otra mitad para la cámara del Rey (4).

TÍTULO X.

DE LOS PROCURADORES.

Con motivo de que las acciones de que hemos tratado hasta aqui se intentan en juicio ó por sí, ó por medio

(1) L. 24. tít. 15. Part. 7.
(2) Dicha ley 24. al fin.
(3) L. 23. tít. 15. Part. 7.
(4) L. 23. al fin, del mismo tít.

de procurador, se trata en este título de los procuradores.

Procurador en el sentido que aqui se toma es *aquel que por mandato del dueño recibe en sí la administracion de algun pleito ó negocio judicial* (1). Se dice que aqui se toma en este sentido, porque tambien hay procuradores estrajudiciales, que son los que propiamente se llaman mandatarios. Se dice tambien que el procurador administra un pleito ageno por mandado de su dueño, porque si lo hace sin esta calidad, es decir, sin un mandato, ó verdadero ó presunto, no será procurador, sino *defensor*, el que solo se admite en favor del reo y no por el actor; y esto no de otra suerte que dando caucion de rato, y de pagar lo juzgado y sentenciado (2).

De la definicion dada se infiere quién puede constituir ó nombrar procurador; conviene á saber: el dueño del negocio que tiene la libre administracion de sus cosas. La razon que tenian los romanos para esto, y que tambien se deduce de nuestro derecho (3), es porque en el procurador se transfiere el dominio del pleito; y asi, es una especie de enagenacion, la que no puede hacer el que no tiene la libre administracion de sus cosas. De donde se deduce claramente por qué los hijos de familia, los menores sin autoridad de su curador, y los siervos, no pueden constituir procurador sino en ciertos casos (4), en los que son reputados como dueños.

De la misma definicion venimos en conocimiento de quién puede ser procurador, esto es, cualquiera que sea capaz de encomendarse de la administracion de los negocios judiciales ó pleitos agenos (5). Por esta falta de calidad

(1) L. 1. tít 5. Part. 3.
(2) L. 10. tít. 5. Part. 6.
(3) Arg. de la ley 2., y 3. tít. 5. Part. 3.
(4) Véanse las leyes 2. 3. y 4. tít. 5. Part. 3.
(5) L. 5. del mismo tít.

no pueden ser procuradores de otro en cosa alguna el loco, desmemoriado, mudo y sordo del todo; ni el acusado de delito grave mientras dura la acusacion: la muger, si no es por sus ascendientes y descendientes no habiendo quien los defienda, y estando ellos imposibilitados, y tambien por librar á sus parientes de servidumbre ó de sentencia de muerte: los religiosos, si no es en pleito de su órden: los clérigos de órden sagrada, si no es en los de sus iglesias, Rey ó prelado: los siervos, si no es en pleito del Rey: los caballeros ó soldados estando en actual servicio; y los menores de veinte y cinco años (1).

Se acaba el oficio de procurador por muerte del que le dió el poder si acaece ésta antes de la contestacion de la demanda, pues si acaeciere despues, no espira su potestad, por lo que puede continuar el pleito hasta su conclusion, aunque los herederos no ratifiquen espresamente el poder, como no nombren otro procurador (2). Del mismo modo, si el procurador fallece antes de comenzar el pleito espira su oficio; pero si ya lo hubiere comenzado, pueden y deben sus herederos continuar en él, siendo idóneos, lo que no se practica (*).

Tambien se acaba el oficio de procurador por la sentencia definitiva siendo favorable; pero si fuere adversa puede apelar de ella, aunque esta facultad no esté espresa

(1) Ll. 5. 6. 7. y 8. tít. 5. Part. 3.

(2) L. 23. tít. 5. Part. 5.

(*) Estas disposiciones se fundan en aquel principio de derecho de romanos, adoptado por las leyes de Partida, de que el procurador por la contestacion de la demanda se hace señor del pleito con verdadero dominio en él: por lo cual, como las cosas en que se tiene dominio pasan á los herederos, era consiguiente que la facultad de continuar pasase. Por esta razon solo se estinguía el poder de los modos con que se estinguía el dominio: mas si esta regla ó principio tuviera lugar en el dia, no se podria revocar el poder en cualquier estado del pleito, como se hace en la práctica, pues el dominio una vez adquirido no se pierde por evocacion.

en el poder; pero no puede continuar la apelacion sin nuevo consentimiento ó mandato del dueño, ó mandante (1). Asimismo se acaba por renuncia voluntaria que haga de su oficio el procurador, la que despues de contestado el pleito debe ser con justa causa (2), como tambien la revocacion hecha por el mandante. Pero como la manifestacion de las causas que pueden motivar la revocacion tiene inconvenientes, se ha tenido por mas equitativo en la práctica no seguir lo dispuesto en derecho, y que en cualquier tiempo que lo juzgue oportuno á sus intereses el mandante, haga la revocacion del poder, no solo no alegando causas ni prometiendo probarlas, sino espresando *que deja al procurador ó apoderado en su buena opinion y fama, y que le revoca el poder sin ánimo de injuriarle* (3). Pero antes de la contestacion del pleito lo puede quitar sin causa alguna.

Aunque las leyes permiten generalmente á todos los que no estan prohibidos el que puedan comparecer en juicio por sí mismos, con todo, el órden y arreglo que se debe observar en los tribunales superiores ha hecho que en los Consejos y en todas las Audiencias y Chancillerías haya cierto número de procuradores examinados, para que los negocios se manejen por personas inteligentes y fieles, sin que ninguna persona pueda presentar peticion si no fuere por medio de uno de los procuradores del número.

Estos no pueden presentar peticion sin traer poder de las partes y presentarle firmado por bastante por algun abogado.

Les está prohibido hacer los escritos por sí mismos,

(1) L. 23. v. Aun decimos en el medio, tít. 5. Part. 5.

(2) Ll. 24. y 24. del mismo tít.

(3) L. 24. del mismo tít., y Febr., Librería de Escribanos, cap. 11. §. 1. n. 22., en donde asegura que asi se observa judicial y estrajudicialmente.

debiendo para el efecto valerse de abogado, y solo se les permite presentar peticiones pequeñas para acusar rebeldías ó pedir prorogaciones de términos, y otras semejantes.

Deben ser multados cuando digeren cosas falsas, y cuando hablaren sin licencia; y privados de sus oficios si recibieren dádivas ó presentes de las partes porque dilaten las causas en que procuran.

TÍTULO XI.

DE LAS CAUCIONES JUDICIALES.

Como el actor ó su procurador y el reo estan obligados en muchos casos á prestarse alguna seguridad, asi por lo que hace á su persona como á las resultas del pleito, parece regular que despues de haber tratado en el título antecedente de los procuradores, se trate en éste de las cauciones ó seguridades que deben dar en juicio, tanto el actor como el reo.

Caucion en este sentido no es otra cosa *que un acto por el cual el reo asegura al actor, ó éste al reo.* De aqui mismo se deduce la razon por qué se exige esta seguridad. Importa á la república que los juicios no sean ilusorios, y que los ciudadanos no se vejen mútuamente con pleitos injustos. Debe, pues, el actor estar seguro de que el reo no hará fuga, ó de que pagará lo juzgado y sentenciado, y éste de que el actor continuará el pleito, y lo indemnizará de los perjuicios que le haya causado, cuando lo intenta sin tener de su parte la justicia.

Todas las cauciones de que se puede usar conforme á derecho se reducen á cuatro especies. La 1.ª es la fideyusoria, que consiste en dar fiadores idóneos y abonados, es decir, que tengan con que pagar y puedan ser fácilmente reconvenidos. La 2.ª es la pignoraticia, que se presta dando prendas de un valor que esceda ó iguale al de las deu-

das. La 3.ª es la juratoria, por la cual interpuesta la religion del juramento se asegura el cumplimiento de lo pactado. La 4.ª es la mere promisoria, y consiste en una simple promesa de cumplir su palabra.

Hemos dicho que asi el reo como el actor estan obligados muchas veces á dar caucion. Veremos, pues, separadamente cuáles da el reo y cuáles el actor. La primera que se puede exigir del reo es la fianza *de la haz*, y se le da este nombre porque se constituye en juicio ante el juez y escribano de la causa, ó ante otro en virtud de órden del juez. Puede tener lugar tanto en las causas civiles como en las criminales. En las civiles lo tiene cuando se manda á algun deudor poco abonado que arraigue el juicio, y que en su defecto se le ponará preso. Esta caucion sirve para que si hace fuga no quede ilusorio el juicio, ni el colitigante perjudicado. En las criminales se da cuando no se puede imponer al reo otra pena que pecuniaria por ser leve el delito. Puede otorgarse de dos maneras, y son: *de presentarse en juicio, y de pagar lo juzgado y sentenciado.* Por la primera se obliga el fiador solamente á que el reo asistirá al juicio y no hará fuga; y asi solo se estiende su obligacion hasta la sentencia dada en primera instancia. Durante ella debe traer el reo á juicio siempre que se le mande, ó comparecer él en su nombre y defenderle. Por la segunda se obliga á las resultas del juicio, esto es, á pagar lo juzgado y sentenciado contra el reo en todas instancias. No son, pues, otra cosa estas dos especies de fianza, que asegurar el fiador que el reo se presentará en juicio, estará á derecho en la causa, y pagará lo que contra él fuere juzgado y sentenciado en todas instancias y tribunales, y que en su defecto lo satisfará él enteramente (1). Pero si el demandado en juicio no halla quien le fie, bastará que pres-

(1) Ll. 17. y 18. tít. 12. Part. 5.

te juramento de estar á derecho hasta la conclusion del negocio. Esta promesa, que es la que se llama *caucion juratoria*, y esplicamos arriba, obra el mismo efecto que la fianza, y regularmente se da por falta de fiador cuando el reo por ser pobre no lo encuentra ni tiene prendas para la seguridad de la deuda, ó cuando la cosa porque se da la caucion es de corta entidad (1).

Otra fianza de las que da el reo es la que se llama *carcelera ó de cárcel segura.* Esta se dirige únicamente á la libertad del reo encarcelado, y se le admite cuando no merece ni se le debe imponer pena corporal, sino pecuniaria, por el delito que cometió, y por eso se le suelta de la prision (2). Este fiador se llama *carcelero comentariense,* porque toma á su cargo la custodia del reo, por cuyo encargo y promesa que hace de volverlo á la cárcel se le pone en libertad, obligándose á presentarlo en ella en el término legal, ó en el que prefina el juez, ó siempre que se le mande, bajo la pena que como á tal carcelero se le imponga, ú otra á que se obligue.

Mas aunque el fiador se obligue á presentar al reo dentro de tiempo determinado y no lo cumpla, no por eso incurre al punto en la pena; antes bien debe el juez concederle seis meses de término, si el primero fue igual ó menor, de suerte que en todo puede ser un año: si dentro de él no lo presenta incurre en la pena, y pasado se le puede exigir; y en el discurso del año tiene facultad de defenderlo en juicio (3). Esta pena ha de ser meramente pecuniaria, porque ninguno puede obligarse á pena corporal por delito que no cometió (4); por cuya razon á nin-

(1) L. 41. tít. 2. Part. 3.
(2) Ll. 24. tít. 18. Part. 3., y 16. tít. 1. Part. 7.
(3) Ll. 17. y 18. tít. 12. Part. 5.
(4) L. 10. tít. 29. Part. 7.

gun reo que la merezca se suelta ni debe soltar con fianza ni sin ella (1). Si el reo fallece antes que espire el primer plazo no debe su fiador pagar la pena; pero si sucediere su muerte despues de cumplido, incurre en ella y se le puede exigir. Si se obliga solamente á presentarlo á dia cierto sin imponerse pena, puede el juez condenarle si no cumple en alguna arbitraria; y si procediese la no presentacion de dolo ó malicia suya, imponérsela mayor (2). Mas en ningun de los casos espresados debe ser reconvenido el fiador por la pena, pasado el año siguiente al dia en que el plazo se cumplió, si dentro de él no se le demandó (3).

La fianza de *saneamiento* es la que da el reo ejecutado no exento, aunque tenga bienes competentes al pago de la deuda, para evitar que se le ponga preso (4). Se llama así porque el fiador está obligado á sanear los bienes secuestrados al deudor, y en su defecto á pagar de los suyos el importe de la deuda. Esta fianza ha de constar de tres particulares. El primero que asegure el fiador que los bienes embargados son del ejecutado. El segundo que serán equivalentes al tiempo del remate, no solo para la solucion de la deuda, sino de las costas que se causen en su cobro. Y el tercero que se obligue á satisfacerlo todo si se verificase no ser suyos, ó el resto deducido el importe que produzcan los que haya, para lo cual hará suya propia la deuda, y se constituirá en estos casos principal pagador. Con esta fianza, si es el ejecutado de los que pueden ser presos por deuda, se eximirá de serlo, á menos que pertenezca al Rey, pues entonces aunque sea hidalgo, y afiance de saneamiento, ha de estar en la prision hasta que

(1) Dicha ley 10. tít. 29. Part. 7.
(2) L. 19. tít. 12. Part. 5.
(3) L. 10. tít. 16. lib. 5. Rec.
(4) L. 19. tít. 21. lib. 4. Rec.

la Real Hacienda se reintegre efectivamente de todo su crédito (1).

Entre las cauciones que se pueden exigir del actor la primera es la de *rato.* Esta debe dar todo aquel que comparece en juicio en nombre de otro sin poder, ó sin el bastante, ó como conjunto; v. gr., el marido por su muger, el pariente por sus parientes hasta el cuarto grado, los herederos que poseen bienes *pro indiviso* y los socios que tienen compañía. El actor en estos casos debe dar fianza segura bajo de pena de que aquel por quien acciona habrá por firme lo que se practicare é hiciere en el pleito; y que si no quisiere, ellos y sus fiadores pagarán al colitigante la pena prometida, y la que se les imponga. Pero el reo debe pedir la fianza antes de la contestacion, porque despues no estan obligados á darla aunque se les pida (2).

La fianza llamada *de la ley de Toledo*, que es la 2.ª, tít. 21, lib. 4.º de la Rec., tiene lugar en el juicio ejecutivo. Se da por el actor en el caso de que el reo ofrezca probar cón testigos la paga ó legítima escepcion, fuera del término perentorio de diez dias que le concede el derecho, sin cuyo requisito no percibirá el importe de la condenacion. Tambien se da en el caso de que el reo ejecutado apele al tribunal superior, con cuya fianza se admite la apelacion en cuanto al efecto devolutivo, pero no en cuanto al suspensivo; y el reo queda asegurado de que siempre que por el superior se revoque la sentencia de remate, volverá y restituirá el ejecutante la cantidad que hubiere percibido por dicha sentencia (3).

La *de la ley de Madrid*, que es la 4.ª, tít. 21, lib. 4.º de la Rec., se da tambien en la via ejecutiva que se enta-

(1) Ll. 4. y 14. tít. 2. lib. 6. Rec.
(2) L. 10. tít. 5. Part. 3.
(3) Ll. 3. y 19. tít. 21. lib. 4. Rec.

bla en virtud de sentencia arbitraria proferida en compromisos y transaciones. En este caso la parte que pide la ejecucion de la sentencia debe dar fianza llana y abonada ante el juez á quien se pidiere la ejecucion de la sentencia, de volver y restituir lo que hubiere de recibir por virtud de la tal sentencia, con los frutos y rentas, segun fuere condenado el reo, en el caso de que se revoque. Esto mismo tiene lugar en las transaciones hechas entre partes por ante escribano publico (1).

Ultimamente, la fianza llamada *depositaria ó de acreedor de mejor derecho* es la que un acreedor á un concurso ú otro juicio universal da cuando antes ó despues de la sentencia de graduacion ha de cobrar su crédito, de que si pareciere otro de mejor derecho devolverá lo que haya recibido, ó la parte que de ello se mandase, despues de ser vencido en juicio (2).

TÍTULO XII.

DE LAS ACCIONES PERPETUAS Y TEMPORALES, Y DE LAS QUE PASAN Á LOS HEREDEROS Y CONTRA ELLOS.

Restan finalmente la octava y nona division de las acciones; conviene á saber: que unas son perpetuas y otras temporales: unas se conceden á los herederos y contra los herederos; y otras ni se dan á los herederos ni contra ellos.

Aunque antiguamente se llamaron perpetuas las acciones que nunca se acababan, despues, consultando á que los pleitos no fuesen interminables, se dicen acciones perpetuas aquellas que duran un tiempo muy largo, como veinte ó treinta años; y temporales las que se acaban dentro de un breve espacio; v. gr., un año, dos, tres o cuatro. El que tengan término las acciones no solo es util, sino tambien

(1) L. 4. tít 21. lib. 4. Rec.

(2) L. 12. tít. 16. lib. 5. Rec.

conforme á los principios de derecho. Segun estos las acciones se enumeran entre las cosas incorporales, las que se cuentan en nuestros bienes y aumentan nuestro patrimonio. Mas como todo lo que es de esta naturaleza está sujeto á perderse por prescripcion, por militar en unas y otras cosas las razones en que se funda este derecho, de ahí nace que las acciones, como cualquiera otra cosa, se pierden por tiempo; y todas, si se hubiera de hablar con rigor, se deberian llamar temporales.

Para proceder con la posible claridad en esta materia, que es práctica y de importancia, estableceremos varias reglas para conocer cuánto duran las acciones.

Regla 1.ª *Las acciones puramente reales duran tanto cuanto permanece el derecho en la cosa de donde dimanan.* Es decir, que si se ha de intentar una accion real para vindicar una cosa mueble, debe hacerse dentro de tres años: si raiz dentro de diez entre presentes, y veinte entre ausentes. Si se dejaron cumplir estos términos la cosa se prescribió, y se estinguió la accion para repetirla (1). Esto se entiende poseyendo con buena fé, pues si con mala durará la accion treinta años, y aunque pasados estos se estingue, sin embargo no adquiere el dominio el poseedor (2).

Regla 2.ª *Las acciones puramente personales duran veinte años, ya se considere sola la accion personal, ya con ejecutoria dada en virtud de ella* (3). Es decir, que toda accion personal ordinaria (*) dura veinte años contados desde el dia en que se consiguió ejecutoriar (**). Mas como

(1) Ll. 9. 17. y 18. tít. 29. Part. 3.

(2) L. 21. tít. 29. Part. 3.

(3) L. 6. tít. 15. lib. 4. Rec.

(*) Llamamos accion personal ordinaria la que se debe intentar en juicio ordinario por no estar fundada en alguno de aquellos documentos que traen aparejada ejecucion.

(**) Ejecutoriar no es otra cosa que conseguir que en el juicio ordinario seguido por todos sus trámites, y aun despues de segunda ins-

de la sentencia ejecutoriada, ó pasada en autoridad de cosa juzgada (*), nace otra accion personal para pedir ejecutivamente, que es lo que llamados *derecho de ejecutar*, el cual, segun la regla que daremos despues, dura diez años; se sigue que el acreedor que obtuvo ejecutoria, dentro de los diez primeros años puede pedir ejecutivamente, y dentro de los diez restantes solo ordinariamente, por haber perdido el derecho ejecutivo que antes tenia; de suerte que si dentro de los veinte años no usa de su derecho en la forma espresada, no puede intentar despues accion alguna contra su deudor, por haber espirado ambas con el curso del tiempo, y presumirse pagada ó remitida la deuda (**).

tancia, se declare corresponder el derecho que se ha litigado, sacando para cumplimiento de la sentencia el despacho ó carta llamada *ejecutoria*, la que es un instrumento legal en que consta lo determinado en juicio por dos o tres sentencias conformes, segun el estilo y práctica de los tribunales reales ó eclesiásticos.

(*) No es lo mismo ejecutoriar que declarar una sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, aun cuando en sus efectos en nada se diferencian. Lo primero ya hemos esplicado qué es: lo segundo se verifica cuando dada sentencia definitiva no se apela de ella por ninguna de las partes, en cuyo caso, pasados los cinco dias de término que concede el derecho para interponer apelacion de cualquiera sentencia (1), la parte en cuyo favor fuere pronunciada presenta pedimento para que se declare por consentida, y pasada en autoridad de cosa juzgada, haciendo relacion del dia en que se pronunció, y del de sus notificaciones; á cuya continuacion se da traslado al reo, y con lo que diga ó nó se provee auto por el juez, en que declara la sentencia por consentida, no apelada y pasada en autoridad de cosa juzgada, mandando que se lleve á debito efecto, por lo cual se dice que tiene aparejada ejecucion.

(**) No hay duda que esta prescripcion ó pérdida de las acciones por el curso del tiempo se funda principalmente en presuncion de paga, no siendo regular que de otra suerte el acreedor se estuviese tanto tiempo sin usar de su derecho, y si se le oyese sucederia muy fácilmente

(1) L. 1. tít. 18. lib. 4. Rec., que deroga á la ley 22. tít. 23. Part. 3., que concedia diez dias.

Regla 3.ª *Las acciones mistas de reales y personales, v. gr., cuando en la obligacion hay hipoteca, de suerte que no solo está obligada la persona, sino tambien sus bienes, dura treinta años* (1).

Esta regla es clara atendidas las doctrinas dadas en la antecedente.

que muchos deudores que ya habian pagado se verian en precision de volver á pagar, por no poder acreditar la paga hecha. Asi lo dice la ley 3. tit. 13. lib. 3. del ordenamiento real, que aunque algunos la tienen por derogada, por la ley 63. de Toro, que es la 6. tít. 15. lib. 4. de la Rec., y otros la concilian valiéndose de la 4. del mismo título, con todo, da luz en esta materia, y prueba lo que hemos dicho. Por cuyo motivo insertaremos aqui literalmente las dos. Dice, pues, asi la ley 3. "Suele acaecer que seyendo las deudas pagadas á quien eran debidas, que ellos ó sus herederos las demandan despues de luengo tiempo á los deudores ó á sus herederos, y porque no pueden probar la paga por muerte de los testigos ó por ser perdida la carta de pago, han de pagar lo que no deben. Por ende ordenamos que aquel que alguna accion ó demanda tiene contra otro, con carta ó sin carta y desque el plazo llegare no le demandare en juicio ó no ficiere emplazar la parte sobre ello, ó no fuere fecha entrega y egecucion por ello fasta diez años, que dende en adelante pierda la demanda y no sea oido sobre ello." — Y la ley 4. desde el epígrafe se esplica en estos términos. — *Que la ley ante de esta se entienda que no se pueda facer entrega por tal deuda si el deudor no fuere demandado.* — "Mandamos que prescripto el contrato por transcurso de tiempo de diez años, segun que en la ley ante de esta se contiene ninguna entrega ni egecucion se pueda facer del tal deudo, fasta que el deudor sea emplazado y oydo." El tenor de estas leyes demuestra que se fundan en presuncion; y como esta debe siempre ceder á la verdad, se sigue que usando el acreedor del medio y cautela de pedir que el deudor no solo reconozca bajo de juramento el vale ú obligacion, sino que tambien declare si debe su importe, de este modo hace que reviva la accion muerta por el discurso del tiempo.

El Dr. Diego Perez, glosador de estas leyes, dice asi en estas palabras: *Prescripto el contrato.* Intellige quod ad executionem quantum vero ad actionem personalem praescribendam, sunt necesarii alii decem anni et sic actio personalis jure regio vicennio, jus antem exequendi decennio praescribitur; et est optimus intellectus ne dicamus uno momento hanc corrigere superiorem.

(1) L. 6. tít. 15. lib. 4. Rec.

Regla 4.ª *La accion de pedir ejecutivamente la deuda por obligacion personal, que es lo que se llama derecho de ejecutar, dura solamente diez años* (1).

Acerca del punto en que comienzan á correr estos diez años, aunque opinan los autores con diversidad, parece lo mas probable que se entienda de este modo. Si se pide en virtud de escritura con cláusula guarentigia, no hay duda que comienzan á correr los diez años desde el dia en que se cumplió el plazo, y si no lo contiene, ó es obligacion pura ó simple, desde el de su otorgamiento. En los papeles simples, desde su reconocimiento hecho en la forma que pide la ley (2) para que traigan aparejada ejecucion (*). Y siendo sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada ó ejecutoriada, antes que se cumplan los diez años siguientes al dia en que se ejecutorió; y pasados se perdió el derecho de ejecutar, y solo queda al acreedor la accion ordinaria, la cual, segun hemos dicho antes, le dura otros diez años (**).

Sirven de escepcion á estas reglas varias acciones personales que solo duran tres años, y pasados se presume pagada la deuda, no habiéndose interrumpido la prescripcion

(1) Dicha ley 6. tít. 15. lib. 4. Rec.

(2) L. 5. tít. 21. lib. 4. Rec.

(*) Véase al señor Vela en la Disertacion 26, quien prueba latamente esta opinion, despues de proponer los fundamentos de los que quieren se cuenten desde el dia del otorgamiento, y la confirma con la práctica de la Audiencia de Sevilla, de donde fue oidor, en la que dice que muchas veces se confirmaron ejecutorias de jueces inferiores que contenian sentencias dadas contra deudores reconvenidos por papeles simples, judicialmente reconocidos despues de diez años.

(**) Sobre esta materia puede tambien verse á Gomez en la ley 63. de Toro, y á Febrero no solo en la Librería de Escribanos, cap. 4. §. 4. á los numeros 72. 73. 74. y 75., sino tambien en el lib. 3. de los cinco juicios, cap. 2., en donde trata difusamente de qué modo se interrumpe la prescripcion cuando el deudor ha hecho algun pago dentro de los diez años.

por cobro ó contestacion de pleito. Tales son: 1.ª La que tienen los abogados y procuradores para pedir sus honorarios (1). 2.ª La que compete á los boticarios, joyeros y otros oficiales mecánicos, y á los especieros, confiteros y otras personas que tienen tiendas de cosas de comer, para cobrar lo que hubieren dado de sus tiendas, ó las hechuras de los muebles ó cosas que hubieren hecho (2). 3.ª La que tienen los criados para cobrar sus servicios ó salario, debiéndose contar los tres años en estos desde el dia en que hubieren sido despedidos por sus amos, y en los otros desde el dia en que se contrajo la deuda (3).

Se acaban tambien en breve tiempo las acciones que rescinden algun acto, como son las restituciones *in integrum*, que duran cuatro años (4), escepto la que se concede á las iglesias, fisco y ciudades cuando la lesion es enorme, que dura treinta años (5). Menos duran las acciones redhibitoria y cuanto minoris, pues la primera se da para rescindir la venta dentro de seis meses, y la segunda para minorar el precio dentro de un año, contado uno y otro término desde el dia de la venta (6).

Las reglas dadas tienen lugar en las acciones personales que nacen de contratos; mas en las que nacen de delitos se señalan distintos tiempos para intentarlas.

Regla 1.ª *Las acusaciones criminales, ó la accion que tiene cualquiera del pueblo para acusar en los delitos públicos, dura veinte años* (7). De esta regla se esceptúan varios casos. 1.º Cuando el crímen se continúa; y asi mal

(1) L. 32. tít. 16. lib. 2. Rec.
(2) L. 9. tít. 15. lib. 4. Rec.
(3) Dicha ley 9. del mismo tít.
(4) Ll. 2. 3. y 5. tít. 19. Part. 6.
(5) L. 10. del dicho tít.
(6) L. 65. tít. 5. Part. 5.
(7) L. 5. tít. 7. Part. 7., y Paz, quinta parte, tomo 1.º cap. 1. n. 8, que asi lo asienta, y se funda en esta ley.

podria un ladron público oponer la prescripcion de veinte años habiéndolos pasado todos ellos en hurtar. 2.º Los delitos contra la castidad, cuya accion para acusarlos solo dura cinco años, y aun en algunos casos menos (1). Escepto el adulterio, que siendo cometido por fuerza dura su acusacion treinta años (2). 3.º Los delitos gravísimos, como la heregía, simonía, de lesa-magestad, y otros semejantes, en los que se puede siempre acusar: de consiguiente esta accion en rigor será perpetua (3).

Regla 2.ª *La accion de cualquier delito privado se prescribe en el espacio de veinte años, si no es que se encuentre mas ó menos tiempo señalado en las leyes* (4). Asi la accion de dolo dura dos años solamente; mas la de daños y perjuicios que resultan de él dura treinta (5). La accion de injurias un año solamente (6); y asi de otras cuyos tiempos pueden verse en las mismas leyes.

Pasemos ahora á la ségunda parte del título, en la que se trata de las acciones que pasan á los herederos y contra ellos; y para su conocimiento daremos tambien três reglas.

Primera. *Toda accion persecutoria de la cosa ó penal puede ser intentada por los herederos del difunto, si no es que sea destinada solamente para la venganza.* La razon es, porque el heredero sucede en todos los derechos del difunto; de suerte que lo que á él le correspondia ó se le debia, ya por derecho en la cosa ó á la cosa, pertenece y se le debe tambien al heredero. Se esceptúan las acciones que solo miran á la venganza, como la accion de injurias, la

(1) Ll. 3. y 4. tít. 17. Part. 7.

(2) Dicha ley 4. tít. 17. Part. 7.

(3) Véase á Gregorio Lopez en la glosa 4. de la ley 4. tít. 17. Part. 7, que así lo asienta citando á otros.

(4) Paz, quinta parte, tomo 1.º cap. 3. nn. 83 y 84.

(5) L. 6. tít. 16. Part. 7.

(6) L. 22. tít. 9. Part. 7.

de inoficioso testamento, la que se da para revocar la donacion por ingratitud, y otras semejantes, porque en ellas en realidad no se pide una cosa que falta de nuestro patrimonio, sino una satisfaccion que es puramente personal (1).

Segunda. *Toda accion persecutoria de la cosa, aunque nazca de delito, se da contra los herederos.* La razon es, porque, segun dijimos en la regla antecedente, los herederos suceden en todo los derechos del difunto, el cual cuando se obligó no solo lo hizo por sí, sino tambien por sus sucesores (2).

Tercera. *Las acciones penales, ya nazcan de delito, ya de contrato (v. gr., la de depósito miserable), pueden ser intentadas por los herederos; pero no contra ellos, si no es que el pleito haya sido contestado por el difunto* (3). La razon es, porque las penas como los delitos son puramente personales; y asi solo tienen lugar en los autores del delito, no en los herederos, que suponemos inocentes. La razon de la escepcion es, porque la contestacion del pleito induce un cuasi contrato, el cual ya estaba entre el difunto y el agraciado; y asi la obligacion de él pasa al heredero (4).

TÍTULO XIII.

DE LAS ESCEPCIONES.

Asi como al actor corresponde entablar su accion, de la misma manera es á cargo del reo elidirla y defenderse. Esta defensa puede hacerse por el reo, ó negando absolutamente la peticion del actor, ó confesando la causa que

(1) L. 23. tít. 9. Part 7.
(2) L. 20. tít. 14. Part. 7.
(3) Dicha ley 20. tít. y Part.
(4) Ll. 23. tít. 9., y 20. tít. 14. Part. 7.

tiene para pedir, pero rechazándola por algun motivo justo, que es á lo que llamamos *escepcion.*

Diremos, pues, que la escepcion es *una defensa ó esclusion de la accion intentada por el actor que hace el reo, ó elidiéndola del todo, ó suspendiendo su efecto* (1). Segun este modo de esplicar las escepciones, que es conforme á nuestro derecho (*), se dividen en perpetuas ó perentorias, y en temporales ó dilatorias. Las primeras son aquellas que alegadas acaban con la accion que parecia tener el actor; v. gr., la escepcion de cosa juzgada, de dolo ó de miedo grave (2). Las segundas son las que solamente suspenden el efecto de la accion, ó la difieren hasta otro tiempo: tales son las que se dirigen, ó á la persona del juez, diciendo que es sospechoso ó incompetente, ó á la persona que demanda por no ser legítima para comparecer en jui-

(1) Ll. 7. y 8. tít. 3. Part. 3., y 1. y siguientes, tít. 5. lib. 4. Rec.

(*) Segun el derecho de los romanos, la escepcion era una esclusion fundada en la equidad de la accion que competia atendido el rigor de derecho; es decir, que solo decian escepcionarse el reo, cuando la accion que tenia el actor atendido el rigor de derecho era valida, y debia producir su efecto; pero la equidad prohibia que lo produjese. Por ejemplo: era principio constante que la voluntad, aunque fuese coacta ó careciese de espontaneidad, era voluntad por el rigor de derecho; pero la equidad dicta se rescindan los contratos hechos por miedo: de aqui, pues, nacia la escepcion *Quot metus causa.* Del mismo modo, por rigor de derecho el hijo de familias debe quedar obligado por el mútuo, y por cualquier contrato que celebre; pero la equidad y favor de los padres quitan la fuerza á ésta accion, mediante la escepcion del senado consulto Macedoniano. Tampoco se llamaban escepciones, hablando con propiedad, aquellas que alegadas hacen ver que no hay accion, á lo que llaman quitar la accion *ipso jure*; v. gr., la paga, la compensacion: á estas llamaban escepciones *facti*, y á aquellas en que era necesario alegar la escepcion para elidir la accion decian escepciones *juris.* Mas ahora por nuestro derecho llamamos escepcion á todas aquellas defensas que propone el reo, y que justamente impiden que produzca su efecto la accion intentada contra él.

(2) Dicha ley 7. tit. 3. Part. 3.

cio, ó al mismo negocio, como si pide el actor antes de haber llegado el plazo (1).

Tambien se dividen las escepciones en reales y personales. Reales son las que aprovechan á los herederos y sucesores, y de esta naturaleza son casi todas; pero hay otras que solo competen, á una persona por fundarse en algun privilegio personal, y por eso se llaman personales, y espiran con la persona; v. gr., la escepcion de beneficio de competencia.

Por lo que hace al tiempo en que se han de proponer las escepciones y término que se concede para probarlas, hay diferencia entre las dilatorias y perentorias. Las dilatorias se deben oponer antes de la contestacion del pleito, ó por mejor decir, oponiéndolas no se contesta el pleito. Para oponerlas y justificarlas concede el derecho al reo el término de nueve dias contínuos, contados desde el de la citacion, y pasados no se deben admitir en calidad de tales, ni por via de restitucion del privilegiado á quien competa, si no es que de su inadmision se le irrogue grave detrimento, ó que haya tenido justa causa para no comparecer, pues entonces precediendo el conocimiento de ella pueden ser admitidas (2).

Mas para alegar y oponer las perentorias le concede la ley otros veinte dias, contados desde que se concluyan los nueve referidos, en que ha de alegar y probar las dilatorias y contestar el pleito; y despues de ellos, segun algunos autores, no debe admitirlas el juez, escepto que no se opongan de malicia, jurándolo el reo asi, y que hasta entonces no habia llegado á su noticia (3). Pero otros, atendiendo á que nuestras leyes quieren que en la decision

(1) L. 9. tít. 3. Part. 3.

(2) L. 1. tít. 5. lib. 4. Rec., y Gregorio Lopez en la ley 9. tít. 3 Part. 3. glosando las palabras *no debe ser oido*, glos. 5.

(3) L. 1. tít. 5. lib. 4. Rec.

de las causas solo se debe atender á la verdad (1), defienden que se han de admitir las escepciones perentorias que opusiere el reo despues de dichos veinte dias, aunque no alegue causa alguna para haberlas ignorado hasta entonces, y que en este caso debe ser condenado en las costas del proceso actuado durante su retardacion (2).

En el caso de haberse ya opuesto alguna ó algunas escepciones dentro del competente término, ninguna nueva se debe alegar despues de hecha publicacion de probanzas, porque seria necesario que el pleito se recibiese nuevamente á prueba sobre ella, si no es que el que la opone pueda justificarla por escritura pública, ó confesion de la parte contraria (3).

No milita lo dicho para con los que gozan del beneficio de restitucion *in integrum*, porque estos la pueden intentar para oponer y probar escepciones nuevas en primera instancia, y se les debe conceder una vez solamente, pidiéndola antes de la conclusion para definitiva; y en otros términos no se les ha de otorgar, sin que primero se obliguen á pagar la pena que el juez les imponga en caso de no justificarlas (4).

TÍTULO XIV.

DE LAS REPLICACIONES.

Asi como el reo intenta elidir la demanda del actor mediante alguna escepcion, de la misma suerte el actor procura destruir la escepcion alegada por el reo, á lo que llaman *replicacion*, y este responde tambien á ella con la duplicacion. Mas alegatos no permite nuestro derecho,

(1) L. 10. tít. 17. lib. 4. Rec.

(2) Véase dicha ley 1. tít. 5. lib. 4. Rec.

(3) L. 5. al fin, tít. 5. lib. 4. Rec.

(4) Ll. 5. y 6. tít. 5. lib. 4. Rec.

sino que habiendo llegado á la duplicacion, que es decir, estando la causa en cuarto escrito, se da el pleito por concluido en esta parte, y se manda recibir á prueba (1).

Para la replicacion se conceden al actor seis dias, y otros tantos al reo para impugnarla (2).

TÍTULO XV.

DE LOS INTERDICTOS.

Aunque en los títulos precedentes se han esplicado todas las acciones, asi reales como personales, se omitieron los interdictos, porque esta clase de acciones propiamente no nacen ni del derecho á la cosa ni en la cosa, sino de la posesion. Ahora, pues, se tratará de ellos en el lugar que los pone Justiniano.

Los interdictos son unas acciones estraordinarias con las cuales se entabla un juicio breve y sumario para discutir algun punto perteneciente á posesion.

Hemos dicho que por medio de los interdictos se litiga sobre posesion, mas no de la posesion llamada *natural*, por la que se tiene solamente la nuda detencion de la cosa, como la que se verifica en el conductor ó depositario, sino de la *civil*, que es una detencion de la cosa con ánimo ó intencion de adquirirla, como la que tiene aquel que ha adquirido la cosa con justo título; v. gr., compra, donacion ó legado, ó por otros títulos hábiles para transferir el dominio. Esta es la que se debe llamar verdadera posesion, y la que es digna de pelearse. Es verdad que ella por sí sola no da un derecho real y perpetuo, sino solamente momentáneo, y que dura hasta tanto que por sentencia sea despojado el poseedor; mas con todo es proloquio recibido

(1) Ll. 2. tít. 5., y 9. tít. 6. lib. 4. Rec.
(2) Dicha ley 2.

en derecho *bienaventurado el que posee.* Y en realidad no carece de razon, porque son grandes las ventajas de un poseedor. En primer lugar, siéndolo de buena fé hace suyos los frutos industriales consumidos: retiene la cosa hasta que por sentencia del juez se le mande volver, lo cual es de increible utilidad por ser los pleitos regularmente inmortales: los poseedores se defienden de propia autoridad contra el que los quiere espeler por fuerza de su posesion, siendo regla general que la venganza privada está prohibida, y que ninguno puede hacerse justicia por su mano. Finalmente, en caso igual es mejor la condicion del que posee, y habiendo duda se debe pronunciar sentencia á favor de él.

Tantos son los emolumentos de la posesion: en esta virtud, pues, se estableció que para evitar dilaciones y decidir estas causas con brevedad, el que pretendia tener derecho sobre posesion, aunque momentánea, propusiera desde luego su accion ante el juez. Se han llamado estraordinarias, porque mediante ellas se decide la disputa con brevedad, sin observar todos los trámites de los juicios ordinarios, y sin admitir apelacion, ó si se debe admitir es solo en el efecto devolutivo, y no en el suspensivo. Es verdad que algunas causas de posesion se siguen al modo de juicio ordinario; mas éstas se llaman plenarias, y sumarias á las que se dirigen á adquirir de pronto, retener ó recobrar la posesion; y estas acciones son las que con nombre de interdictos tratamos en este título (*).

(*) Las leyes romanas llamaban interdictos á unas fórmulas ó concepciones de palabras de que usaban los pretores cuando mandaban ó prohibian algo en las causas de posesion. Como estas eran privilegiadas, y no se permitia que fuesen interminables, presentándose alguno á pelear sobre posesion, no hacia el pretor mas que llamar al contrario, oir á ambos litigantes, y sin forma de juicio decidir la causa mandando o prohibiendo, y con una breve formula; v. gr., *uti posi-*

Se dividen los interdictos primeramente en prohibitorios, restitutorios y exhibitorios. Los primeros, segun nuestro derecho, son aquellos por los cuales pretendemos se prohiba á otro hacer alguna cosa que perjudica ó daña la posesion del público ó la nuestra, ó que se guarde la prohibicion ya establecida. Tal es el interdicto que se llama *denuncia de nueva obra*; v. gr., si uno quisiese edificar obra nueva en la plaza, calle ó egido comun; en cuyo caso tiene accion para denunciarla cualquiera del pueblo, á escepcion de los menores de catorce años y mugeres, que solo pueden hacer la denuncia cuando la obra cede en perjuicio de ellos mismos (1). Tiene tambien esta accion todo aquel que recibe daño de alguna obra nueva, y la pueden intentar sus hijos, sus siervos y sus personeros ó mayordomos, y los curadores á nombre de los huérfanos (2).

Los interdictos restitutorios son aquellos por los cuales se manda que alguno sea restituido á la posesion de que fue despojado. Tal es la accion que se concede á aquel que por fuerza ha sido echado de la cosa raiz que poseía, el cual debe ser prontamente restituido por el juez á su posesion, y el forzador condenado, no solo á volver los frutos que llevó, sino tambien á perder la cosa raiz, aun cuando tuviese derecho á ella (3). Finalmente, los exhibitorios se verifican cuando el juez manda á alguno mostrar alguna cosa en juicio, como en los ejemplos que pusimos en la accion *ad exhibendum*.

Otra division de los interdictos es, que unos son sencillos y otros dobles. Sencillos se dicen cuando uno solo de los litigantes puede ser actor, y el otro reo solamente;

detis ita posedeatis, decidia de pronto quién debia poseer la cosa litigiosa mientras tanto que no se probaba el derecho de la parte contraria.

(1) L. 3. tít. 32. Part. 3.

(2) L. 1. tít. 23. Part. 3.

(3) Ll. 9. y 10. tít. 10. Part. 7.

v. gr., en el interdicto de la espulsion por fuerza siempre el arrojado es actor, y el forzador es reo. Dobles son cuando uno y otro de los litigantes pueden ser actor y reo. Tales son aquellos en que es dudosa la posesion, pues entonces uno y otro puede presentarse en juicio, y será tenido por actor el que haya provocado primeramente; y si ambos provocaron á un tiempo, el que eligiere la suerte.

La principal division de los interdictos es que unos son para *conseguir* la posesion, es decir, que por medio de estas acciones pedimos una posesion que aun no hemos tenido: otros son para *retener* ó conservar la que gozamos actualmente; y otros para *recobrarla* en el caso de haberla perdido. Del primero, aunque puede haber varios casos, el mas famoso es el que se concede á favor de los hijos, ú otros parientes que tengan derecho á heredar al difunto por testamento ó abintestato, los que deben ser puestos en posesion pacífica de los bienes hereditarios, condenando á los que se hayan atrevido á entrar ó tomar la posesion de dichos bienes, á título de que se halla vacante, á la pena de perder por el mismo hecho todo el derecho que en ellos tenian, si alguno alegaren tener; y si ninguno tuvieren, á que restituyan los bienes que tomaron con otros tales y tan buenos, ó la estimacion de ellos, procediéndose en todo sumariamente y sin figura de juicio, pero sí con plena prueba (1).

La segunda clase de interdictos es la *de retener* la posesion, y de estos hay dos: el uno para las cosas raices y el otro para las muebles (2). Uno y otro se concede á aquel que al tiempo de la contestacion del pleito posee la cosa, pero no con posesion precaria ni violenta ú ocultamente, contra el que lo perturba ó molesta, á efecto de que cese

(1) L. 3. tít. 13. lib. 4. Rec.

(2) Al primero llamaban los romanos *uti posidetis*, y al segundo *utrubi*.

de perturbarlo, dé caucion de no hacerlo en lo sucesivo, y pague al perjudicado los daños é intereses.

Compete, pues, esta especie de interdictos no solo al que tiene posesion civil y natural, sino al que tiene solamente la civil, que es el que propiamente se llama poseedor, pues el que goza de sola la natural se dice que está en posesion, mas no que es suya; aunque no hay duda que tambien basta para tener este interdicto, no siendo viciosa.

Se usa de alguno de los dos interdictos esplicados cuando dos han de litigar sobre la propiedad de alguna cosa, y pretende cada uno de ellos que la posee, porque la discusion de este punto debe preceder al juicio petitorio ó sobre propiedad, el cual no puede instruirse sin que haya un cierto poseedor á quien debe reconvenir el actor. Y como la posesion es tan preciosa, que segun dijimos vence quien la tiene, aunque no muestre derecho alguno, si el actor no probare su intencion, de ahí es que es necesario se decida antes de todo la posesion interina (1).

El interdicto de recuperar la posesion es uno solo. Este ya lo insinuamos al esplicar los restitutorios. Se concede al que es echado por fuerza de la cosa raiz que poseía, con la pena de perder el forzador cualquier derecho que en ella tuviese, debiendo restituirla al forzado con todos los frutos que de ella sacó. Y si despues de hecha la fuerza se perdió ó empeoró, todo el peligro y daño es del forzador, quien deberá pagar la estimacion. Si el forzador fuese padre ó patrono del forzado, ó menor de catorce años, no caerá en la pena, pero deberá restituir la cosa (2). Compete este interdicto contra el que quitó la posesion, aunque sea juez: de suerte que si algun alcalde ú otro juez despojare á alguno de la posesion de sus bienes, sin haber sido lla-

(1) Véase otro ejemplo de este interdicto en la ley 2. tít. 14. Part. 6.

(2) L. 10. tít. 10. Part. 7.

mado, oido y vencido, le deben ser restituidos dentro de tres dias (1). Lo dicho se estiende al caso de que se presente cédula del Rey, en que mande dar á otro la posesion que uno tiene, pues habiéndose despachado sin audiencia del reo, debe ser obedecida y no cumplida (2).

Mas desde que el derecho canónico estableció la accion llamada *de despojo*, es de menos uso el interdicto esplicado (3). Lo que tiene de mas útil la accion canónica es que el interdicto es accion personal; y asi solo compete contra el forzador, y la accion de despojo es real; y asi se da contra cualquier poseedor. De suerte que segun el derecho canónico, la posesion es una especie de derecho en la cosa. En el interdicto podria tal vez admitirse alguna escepcion; mas con la accion de despojo cesa toda escepcion, sea la que fuere. De aqui nace aquella regla de derecho canónico *Spoliatus ante omnia restituendus.*

TÍTULO XVI.

DE LA PENA DE LOS TEMERARIOS LITIGANTES.

Por pena no se entiende en este título un castigo que se impone por algun delito, sino unos medios que ha adoptado el derecho para reprimir la temeridad, asi del actor como del reo, que suelen suscitar ó defender pleitos injustos.

En este sentido, pues, la primera pena establecida contra los temerarios litigantes, ó el primer modo de reprimir su temeridad, es el juramento llamado de calumnia ó decredulidad. Este no es otra cosa que un juramento que deben hacer actor y reo al principio del pleito ó despues, en todas las causas, asi civiles como criminales. En las pri-

(1) L. 2. tít. 13. lib. 4. Rec.
(2) L. 2. del mismo tít. 13.
(3) C. 18. de *restitutione spoliatorum.*

meras afirmando el actor que mueve el pleito porque cree que tiene justicia, y que asi lo proseguirá de buena fé sin procurar dilatarlo, cometer fraude, molestar ni calumniar al reo; y en las criminales que no le acusa por ódio, ni le intenta acriminar falsamente. El reo debe asegurar que las escepciones y defensas de que usa son justas en los mismos términos.

Este juramento se manda hacer por el juez á ambos litigantes despues de contestado el pleito, en caso que lo pidan el uno al otro (1). Mas si no lo piden, por su defecto no se anula el proceso, por lo que rara vez se hace con la especialidad referida, y se estima hecho con aquellas palabras que comunmente se ponen al fin de los escritos de demanda: *juro lo necesario &c.* Segun esto, podemos decir que el juramento de calumnia es de dos maneras: especial y general. Especial es el que se pide espresamente por alguno de los litigantes al otro acerca de los puntos que hemos dicho antes, y que se reducen á cinco. 1.º Que cree tener justicia. 2.º Que cuantas veces sea preguntado dirá ingenuamente la verdad sobre el particular. 3.º Que no usará de falsas pruebas ni escepciones fraudulentas. 4.º Que no pedirá dilaciones maliciosas en perjuicio de la otra parte. 5.º Que á ninguno ha dado ni prometido, dará ni prometerá cosa alguna por lograr el buen éxito del pleito, sino lo que las leyes permiten dar (2). General se llama esa espresion de juramento que se añade en todos los pedimentos, y que tácitamente contiene los puntos dichos, por lo que tambien se confunde con el llamado de malicia (*).

(1) Ll. 8. tít. 10., y 23. tít. 11. Part. 3.

(2) Dicha ley 23.

(*) Para que mejor se entienda lo dicho es menester notar que hay tres clases de juramentos judiciales; á saber: el de calumnia, el de malicia, y el de decir verdad. El primero ya lo hemos esplicado. El de malicia es el que se hace no sobre toda la causa, sino sobre algu-

Deben hacer éste las principales personas del pleito, como son el actor y reo, y sus abogados, entendiéndose siempre que el contrario lo pida, mas no los procuradores (1). Fuera de este caso estan obligados los abogados al comenzar á ejercer su oficio cada año, y siempre que al juez parezca, á jurar que usarán del que toman bien y fielmente, que no defenderán causas en que conozcan que sus partes no tienen justicia, y que si hubieren comenzado á abogar en algunos pleitos injustos, en cualquier estado de ellos que lo conozcan los abandonarán: que lo harán saber asi á los interesados, aconsejándoles que se dejen de semejantes pleitos, y que verán y se impondrán en los autos originales antes de firmar las relaciones de ellos (2). Mas en el dia solo está en práctica el hacer este juramento al ingreso de su oficio, y en el caso de pedirlo las partes.

nos artículos ó escepciones, antes ó despues de contestada la demanda, y siempre que se presume que el colitigante propone maliciosamente la escepcion, ó pide la dilacion. Este juramento, que se acostumbra poner en todas las demandas, está deducido de la ley 23. tít. 10. Part. 3. v. *La quinta*, y es una parte del de calumnia; pero segun los autores se diferencia de él lo primero en que éste se puede pedir antes y despues de contestado el pleito, y el de calumnia solo despues. Lo segundo en que el de malicia se puede pedir tantas cuantas veces se presume que el colitigante propone maliciosamente alguna escepcion, ó pide la dilacion; y el de calumnia solo una vez se debe pedir y hacer por una persona, en una instancia y sobre toda ella. Y lo tercero en que el de calumnia se pide y hace sobre toda la causa ó negocio que se controvierte; y aquel sobre escepciones ó artículos particulares y dilaciones. Febrero, Librer. de escribanos, lib. 3. del juicio ordinario, cap. 1. §. 2. n. 109.

El juramento de decir verdad es el que hacen en juicio no solo los litigantes cuando juran posiciones, sino tambien los testigos y peritos que declaran en él: los testigos sobre lo que saben y no sobre lo que creen, á diferencia del juramento de calumnia, que es al contrario, porque recae sobre la credulidad, y no sobre la ciencia, de lo que se pregunta.

(1) L. 23. tít. 10. Part. 3.

(2) Ll. 2. y 3. tít. 16. lib. 2. Rec.

Si el actor se resistiere á hacer el juramento de calumnia debe ser absuelto el reo, y si éste lo rehusare debe ser condenado como si hubiera sido convencido, porque de esta resistencia se infiere que se mueven á intentar el pleito ó á escepcionarse con mala fé (1).

El segundo medio de reprimir la temeridad de los litigantes es imponerles pena pecuniaria (*), la que en el dia está reducida á que el temerario litigante, es decir, el que no tuvo justa causa para litigar, debe ser condenado en las costas que causó á su contrario, pidiéndolas éste (**). Se juzga no tenerla cuando la demanda es inepta ó claramente injusta, ó el actor no la probó, ó el reo sus escepciones, ó puso alguna maliciosamente (2). Pero no debe pagarlas si tuvo justa causa para litigar, ni cuando probó su intencion, á lo menos con dos testigos, ni cuando al principio del pleito hizo el juramento de calumnia (3). Mas como esta disposicion está fundada en presuncion de que el que juró diria verdad, de ahí es que faltando ésta, como si constase de la temeridad ó calumnia del litigante, debe ser condenado en las costas, no obstante el juramento (4).

(1) L. 23. tít. 10. Part. 3.

(*) Esta pena pecuniaria antiguamente era de tres modos. Primero: creciendo ó duplicándose el valor del pleito contra el que reconvenido negaba la deuda, como en los legados piadosos. Segundo: llamando á juicio á alguno sin venia, siendo de aquellos que tenian obligacion de pedirla. Y el tercero, que es el que solamente está en práctica, es la condenacion de costas.

(**) Es digno de notarse que la ley 8. tít. 22. Part. 3., que hace mencion de daños y perjuicios que pueden ser irrogados á un litigante por la temeridad ó malicia de su contrario, no manda sea condenado en ellos, sino solo en las costas del pleito, aunque parece muy justo que siendo los perjuicios de consideracion, y probándolos el agraviado ante el juez, lo deberá condenar á resarcirlos.

(2) Ll. 30. tít. 2., y 8. tít. 12. Part. 3.

(3) Dicha ley 8. del mismo tít. y Part.

(4) Asi Gregorio Lopez en la glosa 2. de esta ley.

En las causas criminales, procediendo el actor de malicia por calumniar al reo, no solo debe ser condenado en las costas, y en los daños y perjuicios causados al injuriado por su injusta acusacion, sino que tambien se le debe imponer la pena que correspondia al delito de que acusó al otro (1): y si el reo se defendiere con escepciones dolosas é injustas, ó de otros modos ilegales, como si cohechase al acusador ó de otra suerte, queda infame, y será condenado en las penas que merezca su delito (2).

La infamia, pues, es el último medio de reprimir la temeridad de los litigantes, la que no solo se irroga en el caso esplicado, sino tambien cuando alguno es condenado por dolo cometido en cualquiera de los cuatro contratos famosos de tutela, depósito, sociedad y mandato; y por todo verdadero delito, á escepcion de los casos de la ley Aquilia, por faltar regularmente el dolo en ellos (3).

TÍTULO XVII.

DEL OFICIO DEL JUEZ.

Juez llamamos á una persona pública, constituida por legítima autoridad con jurisdiccion para ejercer justicia, dando á cada uno de los litigantes lo que le corresponde conforme á derecho y al resultado del proceso (4).

El juez puede ser eclesiástico ó secular. Eclesiástico es el que ejerce la jurisdiccion eclesiástica, ó para causas puramente espirituales, ó conexas, ó en personas del fuero eclesiastico; y juez secular es el que ejerce la jurisdiccion real, y en causas profanas, del que aqui se trata. La jurisdiccion, que es propiamente la que constituye al juez,

(1) Ll. 5. y 27. tít. 1. Part. 7.
(2) L. 5. tít. 6. Part. 7.
(3) Dicha ley 5. tít. y Part.
(4) L. 1. tít. 4. Part. 3.

no es otra cosa que *una potestad de conocer y sentenciar en causas civiles y criminales, concedida por pública autoridad.* Se dice que compete por pública autoridad, porque toda jurisdiccion ó es ó dimana del monarca por título legítimo, sin que pueda tener orígen de particulares (1). La jurisdiccion en general se divide en suprema, á que llaman sumo imperio, y en jurisdiccion absolutamente dicha. El sumo imperio ó suprema jurisdiccion es la que únicamente reside en el Emperador, Rey ó Príncipe soberano, que no reconoce superior en lo temporal; v. gr., el Rey de España en todos los dominios de la Península y en la América (2); y jurisdiccion solamente aquella que es concedida por el dueño de la suprema para el conocimiento y decision de cualesquiera especies de causas civiles y criminales.

A toda jurisdiccion verdadera está aneja la potestad de hacer cumplir las sentencias que se pronuncien, y á esto se llama *imperio* ó *potestad armada.* Este imperio es, ó *mero*, ó *misto:* imperio mero es la facultad y poder para hacer justicia castigando á los delincuentes con muerte, azotes, destierro &c. (3), á lo que tambien llaman jurisdiccion criminal. Misto imperio es la potestad de conocer y terminar los pleitos civiles haciendo ejecutar la sentencia; y esta tienen todos aquellos á quienes compete la jurisdiccion civil, la que sin este imperio seria ilusoria, no pudiendo hacer efectiva la sentencia dada, por medio de ejecucion, multa, exaccion de prenda, cárcel ú otros semejantes.

La jurisdiccion se divide de varios modos: una hay que se dice voluntaria, y otra contenciosa. La 1.ª es la que se ejerce en algunos casos en que no hay parte contra-

(1) Ll. 1. y 2. tít. 1. lib. 4., y 1. tít. 3. lib. 3. Rec.

(2) Dicha ley 1. tít. 1. lib. 4. Rec.

(3) L. 18. tít. 4. Part. 3.

ria á quien citar; v. gr., en la manumision de un siervo. La contenciosa, por el contrario, es aquella que no se puede ejercer sin citar y oir á la otra parte; v. gr., cuando se intenta una accion en juicio contra otro.

Se divide tambien la jurisdiccion en ordinaria, delegada y prorogada. Ordinaria es la que se ejerce en virtud del oficio á que le está concedida por derecho. Tal es la que ejercen los jueces superiores del Real Consejo, Chancillerías y Audiencias Reales, y sus inferiores, como los corregidores, alcaldes mayores y ordinarios (1). Delegada es aquella que se concede por juez mayor ordinario á menor ó á persona particular, para que administre justicia en algun negocio especial en que no tenia poder el delegado (2); y prorogada es aquella que se concede por las partes á un juez estraño é incompetente, que por tanto no tiene mando en el que se la da, ni en sus cosas, por cuya accion se hace su súbdito, siendo prorogable la jurisdiccion. Por falta de esta condicion no puede un clérigo someterse á un juez real, ni un secular al eclesiástico (3). La prorogacion puede ser espresa ó tácita: espresa es cuando las partes se convienen espresamente en que un juez que para las dos ó para alguna de ellas no era competente, conozca de su pleito y lo sentencie; y tácita es la que se hace por algun hecho que manifiesta la voluntad de prorogar; como si el reo contestare el pleito ante un juez incompetente sin objetar la incompetencia (4). Puede prorogarse la jurisdiccion de persona á persona, ó de causa á causa; pero parece mas probable que no se podrá de lugar á lugar, ni de tiempo á tiempo, porque el juez fuera de su lugar ó de su tiempo ya no es mas que

(1) L. 1. tít. 4. Part. 3.
(2) Dicha ley al fin.
(3) L. 13. tít. 1. lib. 4. Rec.
(4) Ll. 32. tít. 2. Part. 3., y 20. tít. 4. Part. 8.

un particular, á quien por no tener jurisdiccion alguna no se le puede prorogar.

Finalmente; toda jurisdiccion, como indicamos desde el principio, se divide en eclesiástica y secular. Eclesiástica es la que dimana del Sumo Pontífice; y secular la que procede del Emperador, Rey ó Príncipe, que no reconoce superior en lo temporal. Ambas jurisdicciones tienen su diferente fuero para conocer privativamente de las causas que le pertenecen, y cuando son de ambas se llaman de misto fuero. Al del eclesiástico, segun ya dijimos, tocan las espirituales y anejas á ellas, aunque sea entre seculares; y las de clérigos seculares y regulares como á sus súbditos. Al fuero secular pertenece el conocimiento de las causas temporales y profanas, aunque sea entre eclesiásticos; y de misto fuero son aquellas en que pueden conocer por prevencion el juez eclesiástico y secular, siendo regla general que el actor debe seguir el fuero del reo.

Por lo que hace al oficio, ú obligaciones anejas al oficio del juez, la primera es juzgar y decidir los pleitos con arreglo á las leyes y costumbres del reino, provincia ó lugar en donde ejerce jurisdiccion (1). La 2.ª observar el órden de proceder en los juicios que se halla establecido por derecho, y sentenciar conforme á lo alegado y probado por las partes (2). 3.ª Se les prohibe rigorosamente recibir por sí ni por otros cualquiera especie de dones y regalos de las personas que ante ellos tuvieren pleito, ó hubieren de venir á ser juzgados; lo cual, entre otras cosas, deben jurar en su ingreso al oficio (3). Mas esto no impide que lleven los derechos que les corresponden, y que las mismas leyes les asignan (4). 4.ª No pueden contraer

(1) L. 7. tít. 9. lib. 3. del Fuero Real.
(2) L. 10. tít. 17. lib. 4. Rec.
(3) L. 5. tít. 9. lib. 3 Rec.
(4) Ley única, tít. 10. lib. 3. Rec.

matrimonio en el lugar de su residencia, ni amistades estrechas con los vecinos, ni tampoco negociar ó ser comerciantes. 5.ª Siendo legos deben juzgar con parecer de asesor; y no serán responsables á las resultas de las sentencias que dieren con su acuerdo y parecer (1). 6.ª Dada la sentencia, y declarada por pasada en autoridad de cosa juzgada, debe hacerla ejecutar; pero con esta distincion, que si condena al reo á pagar alguna cantidad en dinero, le debe dar diez dias de término para que la entregue, y siendo otra cosa dentro de tres dias, ya sea mueble ó raiz (2).

Otras muchas son las obligaciones de los jueces, que seria dificil referir aqui. Veanse en las leyes del título 4.º, Part. 3.ª, tít. 9.º, lib. 3.º de la Rec. (*)

TÍTULO XVIII.

DE LOS DELITOS PÚBLICOS.

Dijimos en el principio de este libro que todos los delitos ó eran privados ó publicos; siendo los primeros aquellos en que inmediatamente eran ofendidos los particulares; y los segundos los que directamente perturbaban la seguridad y tranquilidad de la republica. Entre los juicios de unos y otros hay varias diferencias. 1.ª En los delitos privados el que intenta la accion se llama actor, y en los publicos acusador. 2.ª En los primeros intenta la accion aquel á quien interesa para satisfaccion de su daño particular; y en los segundos para escarmiento y satisfaccion del publico. De estos delitos unos hay que se llaman capitales, y otros no capitales, atendiendo á la pena que me-

(1) Real cédula de 22 de Setiembre de 1793.

(2) Ll. 3. y 6. tit. 17. lib. 4 de la Rec., y la 5. tít 27. Part. 3.

(*) Tambien distinguen el oficio del juez en noble y mercenario. Por el primero puede decretar aun lo que no le es pedido por las partes; y por el segundo solo lo que le suplican conforme á derecho.

recen. Capitales son aquellos por los cuales se priva al delincuente de la vida natural ó civil; v. gr., á muerte de horca, ó á destierro perpetuo. No capitales se llaman los que tienen impuestas penas menores que la muerte natural ó civil, como azotes, infamia &c.

El primer delito publico es el llamado en general delito *de lesa-magestad* y traicion, y de este modo comprende cualesquiera atentados contra la persona ó dignidad del monarca, ó contra la republica, y se puede dividir en crímen de perduelion y de lesa-magestad en especie. El primero se comete intentando matar ó herir al Rey, ó alzarse con el reino, ó entregarlo á sus enemigos. El segundo no indica precisamente un ánimo enemigo del Rey ó de la republica, pero sí comprende cualesquiera hechos ó dichos en detrimento de los derechos del Príncipe, ó de su estimacion y dignidad (1).

Las penas impuestas al delito de perduelion, llamado tambien traicion, son dar al delincuente la muerte mas cruel é ignominiosa que se encuentre, y confiscarle todos los bienes para la cámara del Rey, sacando la dote de su muger y las deudas anteriores al delito: debe ser derribada y asolada su casa y sus heredades para escarmiento de tan atroz delito: todos sus hijos varones deben ser infames para siempre, de modo que no pueden tener oficio honroso ni de dignidad, ni heredar ó adquirir legado de pariente ó de otro estraño; pero á las hijas se concede el que puedan heredar la cuarta parte de los bienes de sus madres (2). La acusacion de este delito puede comenzarse despues de la muerte del reo, y si su heredero no lo puede

(1) Véase la ley 1. tít. 2. Part. 7., que pone catorce ejemplos de delitos de esta clase, de los cuales los cuatro primeros son propiamente *perduelion*, y los demas delitos de lesa-magestad: ley 1. tít. 18. lib. 8. Rec.

(2) Ll. 2. tít. 2. Part. 7., y 6. tít. 13. Part. 2.

defender queda asimismo infamada la memoria del reo, y confiscados sus bienes (1).

Casi las mismas penas estan impuestas á los delitos de lesa-magestad, con la diferencia que en estos la pena es de muerte ordinaria: no se comienza la acusacion despues de la muerte del reo, ni se arruina su casa, y algunos opinan que no quedarán infamados los hijos del delincuente (2). Alcanzan las penas no solo á los que cometen el delito, sino tambien á los que cooperan, y aun á los que lo saben y no lo descubren (3). Pueden ser acusadores cualesquiera hombres ó mugeres, de buena ó mala fama, aun aquellos que no lo pueden ser en otras causas, por lo mucho que importa á la republica se facilite el modo de descubrir y castigar estos delitos (4).

Los delitos contra la castidad tienen lugar entre los públicos, y el primero de ellos es el adulterio, ó el comercio carnal con muger casada (*), sabiendo que lo es (5). La pena establecida por derecho de España es que ambos adulteros sean entregados por el juez al marido para que los mate ó perdone á ambos, no pudiendo castigar ni perdonar á uno sin otro, á mas de ganar todos los bienes de ambos (6). Mas no ganará la dote de la muger ni bienes de ambos el marido que de propia autoridad matare al adultero y á la adultera, aunque los tome en fragante

(1) Ll. 2. tít. 18. lib. 8. de la Rec., y 3. tít. 2. Part. 7.

(2) Dicha ley 3. tít. 2. Part. 7. Acevedo en la 2. tít. 18. lib. 8. de la Rec.

(3) L. 6. tít. 13. Part. 2.

(4) L. 3. tít. 2. Part. 7.

(*) Para que se cometa adulterio, segun el derecho canónico, basta que cualquiera de los delincuentes sea casado; mas para que tengan lugar las penas que establece el civil, es necesario que la muger sea casada con otro. La razon de esta diferencia es clara, y se insinúa en la ley 1. tít. 17. Part. 7.

(5) L. 1. dicho tít. y Part.

(6) Ll. 1. 2. y 3. tít. 20. lib. 8. de la Rec.

delito y sea justamente hecha la muerte, pues esta concesion solo es para el caso de que los mate con autoridad de la justicia (1). La ley de Partida impone al hombre que comete adulterio con muger casada la pena de muerte, y á la muger que lo cometió la de azotes, y ser encerrada en un monasterio, con perdimiento de dote y arras á favor del marido, y siendo el adulterio con huida de su casa pierde tambien los gananciales (2).

Solo tiene facultad para acusar este delito el marido, el que ó ha de acusar á ambos adúlteros, ó á ninguno (3). Se puede hacer esta acusacion delante del juez secular dentro de cinco años, contados desde el dia en que se cometió el adulterio; pero si hubiere sucedido por fuerza, dentro de treinta.

El incesto es otro delito contra la castidad, el cual, segun nuestro derecho, se comete teniendo uno acceso carnal con parienta suya, sea de consanguinidad ó afinidad, hasta el cuarto grado de la computacion canónica, ó con comadre, ó con religiosa profesa (4). Las penas impuestas á este delito son la de muerte y confiscacion de la mitad de los bienes (*). Puede acusar en él cualquiera del pueblo dentro de los mismos cinco años que hay para acusar de adulterio. Y puede ser acusado todo hombre que lo haya cometido, si no es que sea menor de catorce años, y la

(1) L. 5. tít. 20. lib. 8. Rec.

(2) L. 15. tít. 17. Part. 7.

(3) L. 2 tít. 19. lib. 8. de la Rec., que deroga á la 2. tít. 17. Part. 7., que permitia la acusacion tambien al padre, hermano y tio paterno ó materno. L. 2. tít. 20. lib. 8. Rec.

(4) Ll. 1. tít. 18. Part. 7., y 7. tít. 20. lib. 8. de la Rec.

(*) La pena que impone la ley de Partida al incestuoso es la del adulterio; y como de las impuestas á este delito solo la de muerte le puede convenir, por eso decimos absolutamente que esa le corresponde, añadiendo la de confiscacion de la mitad de los bienes que señala la ley de Rec., que es la 7. tít. 20. lib. 8.

muger de doce, quien debe tener la misma pena que el hombre (1).

El estupro se comete cuando uno corrompe á muger vírgen, ó viuda honesta, aunque no sea con fuerza (2). La pena impuesta por la ley de Partida á este delito era la confiscacion de la mitad de los bienes, siendo el reo honrado, y siendo vil la de ser azotado públicamente y desterrado por cinco años (3). Mas por ser estas penas tan graves no estan en práctica; y asi lo que regularmente se hace es obligar al desflorador á que ó dote á la muger, ó se case con ella, añadiéndole alguna otra pena arbitraria.

Por una real cédula está mandado que los reos de estupros no sean molestados con prisiones ni arrestos, dando fianza de estar á derecho, y pagar juzgado y sentenciado, y aun si no tuviere cómo afianzar siquiera estar á derecho, todavia se le deje en libertad, guardando la ciudad, lugar ó pueblo por cárcel, prestando caucion juratoria de presentarse siempre que le sea mandado (4).

El pecado nefando ó de sodomía se castiga con pena de muerte de fuego: debe imponerse asi al agente como al paciente, á mas de confiscarse todos sus bienes para la cámara (5).

A los alcahuetes puede tambien acusar cualquiera del pueblo: las especies que hay de ellos, y las penas que se les imponen, se pueden ver en las leyes del título 22, Part. 7.ª, y en las del título 11, libro 8.º de la Rec., especialmente la 4.ª y 5.ª

El tercer delito público es el homicidio, el que no es otra cosa que dar la muerte á un hombre, sea libre ó sier-

(1) L. 3. tít. 18. Part. 7.
(2) L. 1. tít. 19. Part. 7.
(3) L. 2. del mismo tít.
(4) Real cédula de 30 de Octubre de 1796.
(5) Ll. 1. y 2. tít. 21. lib. 8. Rec., y 1 y 2. tít. 21. Part. 7.

vo (1). Esto se puede verificar de tres maneras, ó con dolo, es decir, con intencion directa de matar, ó en propia defensa, ó finalmente por acaso. De aqui, pues, nace la division del homicidio en doloso ó determinado, en justo y casual (2). Solo el de la primera especie es delito, y el que lo comete tiene la pena de muerte de horca (3), sin que escuse el que la muerte haya sido dada en riña ó desafio (4). No solo es culpable de esta especie de homicidio el que determinadamente va á matar ó mata á otro, sino tambien el que pone los medios para que muera. Asi, pues, deben ser castigados como homicidas: 1.º Los médicos y cirujanos que no sabiendo sus artes con perfeccion causan la muerte á alguno (5). 2.º Las madres que procuran el aborto (6). 3.º El boticario ó botánico que vende bebidas, ó yerbas nocivas, sabiendo que se piden para dar muerte á alguno (7). 4.º El juez que maliciosamente da sentencia de muerte contra el reo que no la merece. 5.º El que presta armas ó auxilio para matar. Y 6.º El que castra á otro (8).

Este homicidio determinado comprende otras dos especies, y son el que se llama de muerte segura, y de traicion ó alevosía. El que mata á muerte segura, es decir, de un modo en que no es posible evitar la muerte, v. gr., con arcabuz ó pistola, ademas de la pena de muerte se le confisca la mitad de sus bienes (9); y el que matare á traicion, es decir, con engaños ó semejanza de amistad, tiene la pena de ser arrastrado y ahorcado, con confiscacion de to-

(1) L. 1. tít. 8. Part. 7.
(2) Dicha ley 1. tít. y Part.
(3) Ll. 4. y 10. tít. 23. lib. 8. de la Rec.
(4) L. 3. tít. 23. lib. 8. Rec.
(5) L. 6. tít. 8. Part. 7.
(6) Dicha ley 8. del citado tít.
(7) L. 7.
(8) Ll 10. 11. y 13. del mismo tít.
(9) L. 10. tít. 23. lib. 8. Rec.

dos sus bienes, la mitad para el Rey y la otra mitad para los herederos del muerto (1).

El que mata por ocasion ó sin dolo ó intencion de matar, ó por exigirlo su propia defensa, aunque por lo regular no carecerá de culpa, no se le impondrá la pena ordinaria del homicidio, sino otra mas moderada, atendidas las circunstancias (2).

Síguese el delito del parricidio; y aunque este significa en rigor la muerte del padre, con todo, aqui se toma mas latamente por todo homicidio cometido entre parientes cercanos; v. gr., cuando el padre mata á su hijo, ó el hijo á su padre, ó el abuelo al nieto, ó el nieto á su abuelo, ó á su bisabuelo, ó alguno de ellos á él, ó el hermano al hermano, ó el tio á su sobrino, ó el sobrino al tio, ó el marido á su muger, ó la muger á su marido ó suegro, y la suegra á su yerno ó nuera, ó el yerno á la nuera, ó el padrastro ó la madrastra á su entenado, ó éste á su padrastro ó madrastra, ó el liberto á su patrono. El que comete este delito, sea la especie de muerte que fuere, tiene la pena de ser azotado públicamente, y despues encerrado en un saco de cuero, y con él un perro, un gallo, una culebra y un mono, y despues cosiendo la boca del saco lo echen al mar ó rio mas cercano del lugar donde acaeciere. La causa de castigarle de esta manera es por juzgarse el parricida como indigno del uso de todos los elementos, acompañándosele con unos animales que son tan atrevidos como él para con sus padres (3). Esta pena no está en uso con toda la acervidad referida, y lo que se practica es que el parricida sufra la muerte de horca, y ya muerto se le encierra en el cuero con los animales que he-

(1) Dicha ley 10. tít. 23. y lib. 8. Rec.

(2) Véanse las leyes 4. 5. y 6. tít. 8. Part. 7., y 11. 12. y 13. tít. 23. lib. 8. Rec.

(3) L. 12. tít. 8. Part. 7.

mos dicho, pintados por defuera. Incluido en el saco se le arroja en el rio ó laguna mas cercana, é inmediatamente se permite á algunas personas piadosas que lo estraigan y lo entierren en lugar sagrado.

El delito de falsedad comprende muchos y diversos casos; pero todos consisten en fingir ú ocultar la verdad (1). Tales son: 1.º El escribano público que hace algun testamento, escritura ú otro instrumento falso, ó cancelase ó mudase alguno verdadero. Este tiene la pena de cortarle la mano con que la escribió, y de ser infame para siempre (2). 2.º El testigo que diere falso testimonio, ó negare la verdad sabiéndola. A éste se le condena á la misma pena que debia imponerse al reo si se le probase el delito que se le imputa (3). 3.º El que falseare bulas del Papa ó cédulas, privilegios ó sellos, el cual delito tiene pena de muerte, y confiscacion de la mitad de los bienes á favor de la cámara del Rey (4). 4.º El que acuña moneda falsa de oro ó de plata, ó de otro metal, á quien se impone la pena de ser quemado, perdiendo todos sus bienes para la cámara (5).

Estas son las principales especies de falsedades: otras muchas refieren las leyes, y les imponen sus correspondientes penas, que pueden verse en ellas mismas (6).

A este título tambien pertenece la fuerza, que no es otra cosa que una violencia que no puede resistir el que la padece (7). Se divide en pública ó con armas, y privada ó sin ellas. La pública es una violencia atroz, principalmente ocasionada por las armas, con la que se turba la se-

(1) Principio de la ley 1. tít. 7. Part. 7.
(2) L. 6. tít. 7. Part. 7.
(3) L. 4. tít. 17. lib. 8. Rec.
(4) Ll. 4. y 6. tít. 7. Part. 7., y 4. tít. 17. lib. 8. Rec.
(5) Ll. 9. tít. 7. Part. 7., 11. y 67. tít. 21. lib. 5., y 4. tít. 8. lib. 8. Rec.
(6) Todo el tít. 7. Part. 7. tít. 17. lib. 8. Rec.
(7) L. 1. tít. 10. Part. 7.

guridad pública. La privada es una fuerza menos grave cometida sin armas contra los privados. La pena impuesta á los que hacen la primera especie de fuerza es destierro perpetuo, y que si no tiene parientes de los ascendientes ó descendientes hasta el tercer grado, todos los bienes que tuvieren deben ser para la cámara del Rey, sacando las arras de su muger, y las deudas contraidas hasta el dia en que fue dada la sentencia. Si la fuerza fuere del segundo modo, ó sin armas, tambien debe ser desterrado para siempre el forzador, pero solo se le confiscará la tercera parte de sus bienes, y si tuviere algun oficio honorífico lo debe perder y quedar infame (1). La fuerza que se hace á alguna muger para pecar con ella se reduce á la pública, y tiene la pena de muerte (2).

Otro delito público es el de los sacrílegos ó ladrones de las cosas de la iglesia, y el de los que hurtan el dinero público ó del fisco. Estos tienen la pena de muerte, segun dijimos en el título de los hurtos (3).

El hurto de hombre vivo, sea libre ó siervo, á que llaman en derecho plagio, se castiga si es hijo-dalgo el ladron con destierro perpetuo, y si fuere de inferior calidad con pena de muerte (4).

Del delito que cometen los jueces que se dejan corromper por dinero y sus penas hemos tratado en el título V. de este libro (5).

El delito de los que encarecen los mantenimientos y géneros de primera necesidad se puede tambien acusar por cualesquiera del pueblo (6), por resultar manifiestamente en

(1) L. 8. tít. 10 Part. 7.
(2) L. 3. tít. 20. Part. 7.
(3) L. 3. tít. 14. Part. 7.
(4) L. 22. dicho tit. y Part.
(5) L. 8. tít. 1. Part. 7.
(6) L. 1. tít. 14. lib. 5. de la Rec.

daño de la república, y principalmente de las personas pobres (1). Tal es el delito de los regatones, asi llamados porque tienen por oficio y manera de vivir el comprar pan, carne, trigo, harina y otros frutos de necesidad para venderlos mas caro (2). Estos se castigan con diversas penas, ya de perder los géneros, ya de destierro del lugar por el tiempo de seis meses, un año ó mas (3), ya con pena de azotes ó de multa pecuniaria (4).

APÉNDICE.

DE LOS JUICIOS, SU ORÍGEN Y RITUALIDADES.

§. I.

De los juicios en general.

Juicio es *un modo legítimo de terminar las contiendas que ocurren entre los hombres, ó de probar los delitos para castigarlos* (5). Se divide en ordinario, estraordinario y sumario. Juicio *ordinario* ès en el que se procede por accion ó acusacion verdadera, guardándose el órden y solemnidades de derecho. *Estraordinario* cuando se procede sin querella ó accion intentada por parte, solo de oficio del juez. *Sumario* se llama aquel en que se procede breve y sencillamente, sin ningun aparato ni figura de juicio.

(1) L. 19. tít. 11. lib. 5. Rec.
(2) Dicha ley 19.
(3) Dicha ley 19., y 24. del mismo tít.
(4) Ll. 1. y 2. tít. 14. lib. 5. Rec.
(5) Arg. de la ley 2. tít. 22. Part. 3.

Se subdivide el juicio en *civil*, *criminal* y *misto*: se llama civil cuando se trata principalmente de utilidad privada, y solo de aplicar interés á la parte: criminal cuando se dirige á la vindicta pública, para que se imponga á los delincuentes la pena que merezca su delito conforme á derecho; y misto cuando participa de los dos, civil y criminal.

Finalmente, el juicio es ó petitorio, en que los litigantes controvierten principalmente sobre la propiedad ó dominio de alguna cosa, ó posesorio, al que comunmente se llama *de tenuta*, y es el que intentan para conseguir ó retener la posesion que se les disputa, ó recuperar la que han perdido.

Todo juicio requiere actor, reo y juez (1). A mas de esto se necesita tambien de escribano publico en lo secular, y de notario en lo eclesiástico. *Actor* es el que pretende ó alega algun derecho, y el que regularmente intenta la demanda. *Reo* es aquel á quien se pide alguna cosa, y contra el que se intenta la accion y demanda, á la cual contesta y responde, procurando defenderse. *Juez* es el que por pública autoridad conoce del pleito y lo decide (2).

§. II.

Orden del juicio ordinario.

En el juicio civil ordinario, luego que el actor pone su demanda, el juez manda dar traslado de ella al reo, el cual dentro de nueve dias debe contestar, confesándola ó negándola (3). Si ha de oponer escepciones perentorias tie-

(1) Ll. 28. tít. 23., y fin. tít. 26. Part. 3.
(2) L. 10. tít. 4. Part. 3.
(3) L. 1. tít. 4. Part. 3.

ne otros veinte dias mas para alegarlas (1). No hallándose el reo presente, pero sí dentro de la provincia, debe responder y contestar la demanda en el término que se le señale en el despacho de emplazamiento. Si no se sabe donde está, ó se halla ultramar, ó fuera del reino ó provincia, ó de donde no se espera que vendrá tan de próximo, y hay bienes suyos, con informacion de ello, y á pedimento de la parte, el juez nombra curador y defensor de los bienes, con el cual se sigue la causa como si se siguiera con el reo presente. Pero si el reo está para ausentarse del lugar, ó se teme que haga fuga, se da mandamiento de arraigo para que dé fianza de juzgado y sentenciado, y de estar á derecho con el actor por lo tocante á su demanda. De otra suerte debe ser preso hasta que la dé, y esto es lo que se llama *arraigarse* (2).

No respondiendo el reo á la demanda dentro de los nueve dias, ó del término del emplazamiento, que corre desde el dia de la notificacion, le acusa el actor la rebeldía, y pide que se le señalen los estrados por bastantes, para que con ellos se hagan los autos y le pare al reo el mismo perjuicio que si se hiciesen con él, y que se le cobren los autos con apremio. El juez da *por acusada la rebeldía*, y manda que *un ministro los cobre con apremio*, para proveer, porque sin los autos no lo puede hacer. Si el reo no los ha llevado, solo provee: = *Autos*: y habiéndolos visto provee auto en que señala los estrados por bastantes, en estos términos: = *Por acusada la rebeldía: recíbase esta causa á prueba por el término de nueve ó de tantos dias comunes á las partes; y mediante á no haber comparecido la de N. demandado, en su ausencia y rebeldía se declaran*

(1) L. 1. tít. 5. lib. 4. Rec.

(2) Ll. 2. tít. 18. lib. 3. del Fuero Real, 41. tít. 2. Part. 3., 17. tít. 12. Part. 5., 7. tít. 20. lib. 2., y 3. tít. 16. lib. 5. Rec.

los estrados de este juzgado por bastantes, á quienes se harán saber los autos y diligencias que ocurran. Despues de este auto, todo lo que se proveyere parará al reo el mismo perjuicio que si se hiciera con él; y en adelante se siguen los autos con los estrados de la audiencia del juez, haciendo á ellos las notificaciones que se habian de hacer al reo, hasta pronunciar la sentencia definitiva. Si el reo quiere purgar ó reparar la mora, puede hacerlo respondiendo á la demanda aunque se haya pasado el término de nueve dias ó el del emplazamiento, mientras que el juez no ha determinado cosa alguna en su rebeldía.

Habiendo respondido el reo á la demanda se da traslado de su respuesta al actor, el cual debe contestar dentro de seis dias, si no es que el reo le ponga alguna reconvencion, porque entonces tiene nueve dias para responder (1). De este escrito, que se llama réplica, se da traslado al reo, el cual debe satisfacer dentro de otros seis dias presentando otro escrito, que debe ser el último, porque no se deben admitir mas de dos á cada parte (2).

En este estado se dice estar los autos conclusos, porque los litigantes han dicho y alegado ya cuanto tienen que decir y alegar. Pero como por lo regular no han probado todo lo que han dicho en sus escritos, provee el juez un auto en que manda se traigan los autos para ver si se necesita de pruebas ó nó. El que se acostumbra poner en estos casos es: = *Autos con citacion.* Citadas las partes los ve, y siendo necesario (porque suele no serlo apareciendo la justicia en el proceso por instrumento, ó por otros medios, conforme á derecho) (3) provee auto de prueba, diciendo:= *Vistos: recíbese esta causa á prueba por el término de nue-*

(1) L. 2. tít. 5. lib. 4. Rec.

(2) Ll. 2. 5. y 9. tít. 6. lib. 4. Rec.

(3) Ll. 7. tít. 14. Part. 3., y 4. tit. 6. lib. 4. Rce.

ve dias comunes á las partes. El dicho auto se notifica á ambas, y les corre el término probatorio desde el dia de la notificacion, sin contar los dias feriados, si consumen la mayor parte de él. Si necesitan de mas término de prueba, piden las prorogaciones que han menester, antes que se les concluya el dado, y el juez va concediendo segun ve que es necesario, atendida la naturaleza de la causa, la distancia de los lugares, y la calidad de las personas, hasta ochenta dias, que es el término de la ley (1). Pero si las pruebas que se han de dar fueren de testigos que estan ultramar ó fuera del reino, se puede conceder el término llamado *ultramarino* ó estraordinario, que es de seis meses (2). El decreto con que los jueces prorogan el término de prueba es poner al escrito de la parte que pide otros nueve ó quince dias mas: = *Concédensele, estando dentro del término.*

Recibida la causa á prueba han de tomar las partes los autos por su órden para formar sus respectivos interrogatorios, pedir se compulsen con citacion de la contraria los instrumentos y cosas que las conduzcan sacar, segun lo alegado y deducido, y que se comprueben los producidos antes si tienen la tacha de haber sido sacados sin la referida citacion. Y si les conviene probar algunos particulares nuevos, concernientes á la accion intentada, pueden alegarlos en el mismo pedimento con que presenten el interrogatorio.

Dentro del mismo término pueden las partes hacerse entre sí las preguntas de los hechos á que puedan y deban satisfacer, poniendo las tales preguntas asertivamente, que es lo que llaman *posicion.* Esta no es otra cosa que la afirmacion de algun dicho ó hecho para que á él se responda.

Finalmente, los interrogatorios que se presentan para

(1) Ll. 1. y 2. tít. 6. lib. 4. Rec.
(2) Ll. 1. y 2. ya citadas.

el exámen de testigos y las deposiciones de estos no se han de manifestar á la parte contraria hasta que en la publicacion y su término corra el traslado de las probanzas.

Pasado el término probatorio, y habiéndose hecho probanzas, una de las partes pide que se haga publicacion de ellas. De este escrito manda el juez dar traslado á la otra parte, para que esponga si efectivamente está pasado ó nó el término, ó tiene algun motivo que la impida por entonces. Si nada dice á los tres dias de notificado el traslado, debe el juez deferir á la publicacion, y hacerla saber á ambos litigantes, dándoles traslado de todas las pruebas producidas (1). El decreto que suele ponerse en este caso es: = *Hágase publicacion de probanzas, y entréguense los autos á las partes por su órden.*

Hecha la publicacion, y notificada á las partes, se les han de enttegar todos los autos, con los documentos y pruebas que han producido. Esta entrega se debe hacer por su órden, esto es, primero al actor, y despues al reo, á fin de que uno y otro aleguen de bien probado, haciendo ver cada uno por su parte como probó su intencion, y el otro no probó la suya, abonar sus testigos, tachar los del contrario &c., lo que deben ejecutar dentro del término de seis dias. Del alegato que hiciere el actor se debe comunicar traslado al reo. En el caso de ponerse tachas considerables á los testigos, ó redargüirse de falsos algunos documentos, se da tambien traslado de este escrito á la otra parte, y con lo que dijere ó nó, á los tres dias, acusándosele la rebeldía, se recibe la causa á prueba en estos puntos con un término arbitrario, que no debe esceder de la mitad del probatorio concedido en la causa principal. Pasado éste, sin que se pueda conceder restitucion *in integrum* á los menores y privilegiados, se alega de bien pro-

(1) L. 37. tít. 16. Part. 3.

bado, y una de las partes pide que se haya la causa por conclusa para definitiva (*). El juez da traslado de este escrito á la otra parte, y con lo que dijere ó nó, á los tres dias, acusándose la rebeldía, si no responde, ha de haber el pleito por concluso, pasa á examinar la causa, y manda citar á las partes para pronunciar sentencia.

Esta no es otra cosa que *la decision que hace el juez de la causa que se ha controvertido ante él* (1). Se divide en interlocutoria y definitiva. Se llama interlocutoria la que el juez profiere en el discurso del pleito entre su principio y fin sobre algun incidente; y definitiva, que propiamente se dice sentencia, es la decision ó determinacion que con vista de todo lo alegado y justificado por los litigantes hace el juez sobre el negocio principal, imponiendo fin por la absolucion ó condenacion á la controversia que ante él suscitaron (2).

Debe el juez proferir la sentencia definitiva dentro de los veinte dias siguientes al de la conclusion del pleito, estando presentes las partes ó citadas al efecto, como se ha dicho. Ha de ser conforme al libelo ó demanda en la cosa pedida, en la causa porque se pide, y en la accion con que se pide. Ha de recaer sobre cosa cierta, arreglada á derecho, y no esceder de lo pedido (3). Es verdad que el juez puede remitirse á los autos cuando en ellos consta lo adeudado; pero si es cantidad ilíquida debe mandar que se li-

(*) Concluir en los pleitos quiere decir que los litigantes renuncian todas las pruebas y defensas que les competen, y que nada mas tienen que justificar en ellos. La conclusion es de sustancia del juicio, ya se pida ó nó por las partes, segun las leyes final, tít. 6., y 1. tít 7. lib. 4. Rec.; por lo que, siendo dos solas las que litigan y concluyendo la una, se há el pleito por concluso legítimamente, y no se debe dar traslado de la conclusion á la otra, sino únicamente hacérsele saber, para que le conste que ya está concluso.

(1) L. 1. tít. 22 Part. 3.

(2) Ll. 1. y 2. tít. 22. Part. 3.

(3) Ll. 5. y sig. tít. 26. Part. 3., y sig. tít. 17. lib. 4. Rec.

quide, aprobando la liquidacion con audiencia de las partes antes de ejecutar la sentencia.

Notificada la sentencia definitiva á las partes ó á sus procuradores, si la vencida no apela dentro del término legal, puede ocurrir la vencedora al mismo juez, espresando ser pasado el término de la ley, y pidiendo declare la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada; y que la lleve á pura y debida ejecucion. De este escrito se acostumbra dar traslado á la otra parte, y con lo que dijere ó nó, á la primera audiencia, siendo acusada la rebeldía, se declara la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y se condena á la parte á que cumpla con ella en estos términos: = *Vistos: mediante á no haberse apelado por parte de N. de la sentencia proferida el dia tantos, por la cual se le condenó á tal cosa, y ser pasado el término en que lo debió practicar, y mucho mas, se declara por consentida, y por pasada en autoridad de cosa juzgada, y se le condena á que esté y pase por su tenor sin contravenirlo en manera alguna.*

§. III.

De la apelacion.

Apelacion es *un recurso que se hace del juez inferior al superior, quejándose de algun agravio que se supone haber recibido en su sentencia, y pidiendo que lo enmiende conforme á derecho* (1). Puede interponerse de toda sentencia definitiva, y de las interlocutorias cuando tienen fuerza de definitivas, ó causan un gravámen irreparable (2). Debe apelarse del juez inferior al superior inmediato; pero si alguno por error apelase á un juez superior que no es el inmediato, ó á un igual al que sentenció, vale la apela-

(1) Ll. 2. y 14. tít. 23. Part. 3., y 1 tít. 18. lib. 4. Rec.

(2) Ll. 13. tít. 23. Part. 3., y 3. tít. 18. lib. 4. Rec. Conc. Trid. ses. 24. de reform. cap. 20.

cion, no para el efecto de que puedan estos juzgar de ella, sino para enviarla á quien pertenece, diciendo: = *Acuda esta parte adonde toque.*

El término señalado para interponer la apelacion es de cinco dias, contados desde el dia en que se notificare al agraviado (1). Pero el menor, por el beneficio que goza de restitucion, puede apelar cuatro años despues de su menoría (2). Asimismo el fisco, las iglesias y consejos, valiéndose del mismo beneficio, pueden apelar en los cuatro años siguientes al término en que podia apelarse; y habiendo lesion enorme, podrán hacerlo dentro de treinta (3). Al ausente y ocupado en servicio del Rey, ó por razon de estudios, ó dedicado al cultivo de la tierra, y al desterrado ó preso, no les corre el término de la apelacion hasta despues de la ausencia, ó removido el impedimento, pidiendo restitucion por esta causa dentro de diez dias (4).

De la sentencia de los árbitros se ha de apelar ó pedir la reduccion dentro de diez dias, desde el en que se notificó; y en el mismo término se ha de interponer la apelacion en el fuero eclesiástico (5).

Admitida la apelacion manda el juez dar al apelante testimonio claro y espresivo de la causa, y le señala plazo conveniente para presentarse y mejorar su apelacion ante el juez de la alzada; y no señalándole, gozará del término que la ley prefine segun las distancias de los lugares (6).

Traidos los autos y presentados al juez que ha de co-

(1) L. 1. tít. 18. lib. 4. Rec.
(2) Ll. 1. 2. y 3. tít. 23 Part. 3., y 8. 9. y 10. tít. 19. Part. 6.
(3) L. 10. tít. 19. Part. 6.
(4) Ll. 10. y 11. tít. 23. Part. 3.
(5) Ll. 23. y 35. tít. 4. Part. 3.
(6) Ll. 2. y 10. tít. 18. lib. 4. Rec.

nocer de la apelacion, debe éste citar á las partes. El apelante presenta entonces un escrito espresando sus agravios contra la sentencia, y pidiendo la revocacion del atentado, si se hubiere cometido. De este escrito se da traslado á la parte contraria, se replica y duplica; y con dos escritos de cada parte se concluye y recibe la causa á prueba, si se presentan escepciones nuevas, ó se reproducen las que el juez inferior despreció en primera instancia (1).

Pasado el término probatorio se hace publicacion de probanzas y se concluye para definitiva: se mandan traer los autos para su determinacion citadas las partes, y estándolo se pronuncia la sentencia, y se notifica como en la primera instancia.

§. IV.

De la súplica.

Aunque no hay apelacion de los tribunales supremos, por representar estos la persona misma del Rey, se concede no obstante un recurso ante los mismos, que se llama *súplica.* En estos casos la primera sentencia dada por las reales Audiencias se llama *vista*, y la segunda *revista* (2).

No se admite suplicacion de la sentencia en vista de las Audiencias que confirme dos sentencias conformes de grado en grado, dadas por jueces inferiores. La razon es, porque de tres sentencias conformes tampoco ha lugar la apelacion (3). Pero si dos sentencias de jueces inferiores se revocan en la audiencia, ha lugar la suplicacion, aunque no lo tendrá de la sentencia confirmatoria ó revocatoria que sobre ello se diere en revista (4).

(1) L. 4. tít. 9. lib. 4. Rec.

(2) Ll. 17. tít. 23. Part. 3., y 2. tít. 19. lib. 4. Rec.

(3) Ll. 5. tít. 17., y 2. tít. 19. lib. 4. Rec.

(4) L. 2. tít. 19. lib. 4. Rec.

Tampoco se admite suplicacion de la sentencia de revista dada en las mismas audiencias en pleitos comenzados ante ellas, pues la misma sentencia de revista es la suplicacion. Ni de los autos en que se declara si hace fuerza ó nó el juez eclesiástico, ni de la sentencia confirmatoria de la de los jueces árbitros; pero sí de la revocatoria (1).

Este recurso se debe interponer dentro de tres dias de la sentencia interlocutoria, y dentro de diez de la definitiva, contados desde la notificacion de la sentencia (2). Admitida la súplica en la Audiencia se mandan entregar los autos al suplicante, y de su espresion de agravios se da traslado á su contrario, y con la respuesta de éste se concluye con dos escritos para prueba, si hay algo que deba probarse, y en adelante se procede como en la segunda instancia.

§. V.

De la segunda suplicacion.

Asi se llama una instancia que se interpone por la parte agraviada en la sentencia de revista dada por los Consejos Reales ó Chancillerías para ante la Real Persona, ó mas propiamente para una sala del Consejo llamada *de mil y quinientas.*

Para que este recurso deba admitirse se requieren cuatro condiciones: 1.ª Que la sentencia de que se interpone sea la de revista. 2.ª Que la causa sea árdua y difícil, y tenga de estimacion tres mil doblas de oro de cabeza en los juicios sobre propiedad, y seis mil en los posesorios. 3.ª Que se interponga de sentencia definitiva, y no de interlocutoria, aunque tenga fuerza de definitiva. 4.ª Que la causa se haya empezado en el Consejo ó Audiencias por

(1) Ll. 4. tít. 5, y 2. y 9. tít. 19, y 4. tít. 21. lib. 4. Rec.

(2) Ll. 1. y 4. tít. 19. lib. 4. Rec.

nueva demanda, y no por via de restitucion, reclamacion ni nulidad (1).

Se debe interponer dentro de veinte dias de notificada la sentencia de revista, y pasado este término no se concede restitucion. El que la interponga se ha de obligar con fianzas á pagar mil y quinientas doblas si la sentencia se confirmare, las cuales se aplican por terceras partes al fisco, á los oidores que dieron la sentencia de revista, y á la parte que venciere, y debe presentarse ante la Real Persona de S. M., en el término de cuarenta dias, que en la práctica se cuentan desde el en que se dió á la parte el testimonio de la admision de este grado (2).

§. VI.

Del recurso de injusticia notoria.

Se llama asi este recurso, porque el que usa de él se queja de haberle hecho injusticia notoria el tribunal de la Real Audiencia, y pide al Consejo que la deshaga. Sobre cuál sea la injusticia notoria en que se apoye el recurso de este nombre hay una grande variedad estre los letrados, entre los jueces y entre los autores. Algunos quieren que la iniquidad ó injusticia sea tan clara, que aparezca por sola la lectura material de los autos; v. gr., por no ser la decision conforme á la demanda, ó á lo deducido y probado por las partes, ó cuando tiene contra sí la notoria resistencia del derecho. Pero el señor conde de la Cañada asegura haber defendido y juzgado bastantes pleitos remitidos al Consejo por recurso de injusticia notoria, y en ninguno haber hallado que la sentencia de las Chancillerías y Audiencias contuviese una determinacion clara y positiva contra las leyes y derechos espresos, ni que caducase por fal-

(1) Ll. 1. 7. y 9. tít. 20. lib. 4. Rec.
(2) Dicha ley 1. tít. y Part.

ta de poder, citacion, ni subversion del órden público, habiendo sido necesario en todos internar el conocimiento en los hechos probados, y descender á lo que determinan las leyes. De donde se infiere que para tener lugar este recurso no es menester que la injusticia sea tan clara que ofenda la razon aun de los imperitos. No obstante, cuando hay alguna duda acerca de si estan probados los hechos, ó sobre lo dispuesto por las leyes para la decision, siendo esta razonable, y de algun modo fundada, no se justifica la causa del recurso, porque vence entonces la presuncion y autoridad de la sentencia de revista, y se confirma por los señores del Consejo.

El conocimiento de este recurso es privativo del Consejo en la sala primera de gobierno. No tiene lugar en aquellas causas cuya determinacion pertenece al Consejo en la sala de mil y quinientas. Tampoco en las sentencias de vista mandadas ejecutar sin embargo de súplica, á no ser que la parte justifique en el Consejo haber pedido licencia para suplicar y habérsele denegado; y finalmente, no se admite de autos interlocutorios que no tengan fuerza de definitivos, y causen perjuicio irreparable.

Para introducir este recurso ha de preceder depósito de quinientos ducados que se hace en la depositaría de penas de cámara, donde se da certificacion, que se presenta con el recurso ó fianza abonada que ha de recibir de su cuenta el escribano ante quien se otorgue; en cuya cantidad se condena á la parte que interpone el recurso, si se confirma la sentencia. La distribucion se hace en tres partes, aplicadas como en el de mil y quinientas, y el pobre da la misma caucion juratoria que en aquel.

La fórmula de este recurso es presentar pedimento haciendo relacion de los puntos en que consiste la injusticia notoria: se concluye pidiendo que el Consejo se sirva librar provision para la remision de autos por compulsa, con ci-

tacion de las partes; y que en su vista se declare que la sentencia de revista contiene injusticia notoria (1).

§. VII.

De los recursos de fuerza.

Se llaman asi, porque por medio de ellos la parte que se siente agraviada de algun juez eclesiástico recurre á los tribunales supremos, como representantes del Rey, implorando su favor y defensa (2). De tres modos puede causarse fuerza por los jueces eclesiásticos. El 1.º es *en el conocer y proceder*, que es cuando toma conocimiento en una causa estraña de su jurisdiccion. En este caso usan los tribunales que conocen del recurso del auto que llaman de *legos*; éste se espide á fin de que el juez eclesiástico no conozca ni proceda á la determinacion de aquella causa, mandando se le remitan los autos, que se dan por de ningun valor.

El 2.º es *en el modo de conocer y proceder*, y tiene lugar cuando siendo la causa perteneciente á la jurisdiccion eclesiástica, no observa en la sustanciacion el órden y método prescrito en el derecho.

El 3.º es el que se llama *de no otorgar ó no deferir á la apelacion.* Tiene lugar cuando el juez eclesiástico no otorga la apelacion que ante él se interpone, siendo admisible segun derecho (3).

Antes de entablar el recurso se debe preparar. Para esto la parte que se siente agraviada, si la fuerza consiste en el conocer y proceder, presenta pedimento ante el juez eclesiástico esponiendo las razones por qué no le corresponde el conocimiento de aquella causa, y pidiendo se absten-

(1) Aut. Acordado 6. 7. 10. y sig.
(2) Ll. 2. tít. 6. lib. 1., y 36. tít. 5. lib. 2. Rec.
(3) Aut. Acordado 31. tít. 19. lib. 2. Rec.

ga de él, y remita los autos al juez secular á quien corresponda, protestando de lo contrario el real auxilio de la fuerza. Si no lo hiciere se pide testimonio, y con él si lo concede, y sin él, pero con testimonio del pedimento si lo niega, se interpone el recurso. Si la fuerza se causare en el modo, se debe pedir primeramente revocatoria del auto con que la infiere: de lo contrario debe interponer apelacion. Si niega el juez eclesiástico uno y otro, se debe insistir en la apelacion, protestando el real auxilio de la fuerza; y si tampoco se admite, con testimonio de ello se usa del recurso (1).

§. VIII.

Del juicio ejecutivo.

El juicio ejecutivo es un juicio sumario introducido á beneficio de los acreedores para que sin los dispendios y dilaciones de la via ordinaria consigan brevemente el cobro de sus créditos, atendidas solamente la verdad y equidad.

La ejecucion se hace en virtud de las cosas é instrumentos que la traen aparejada, los cuales son: primero, la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada: segundo, la ejecutoria dada por tribunal superior competente: tercero, la confesion clara de la deuda hecha en juicio y el juramento decisorio del pleito: cuarto, los conocimientos, vales y papeles, despues que el que los hizo los reconoció con juramento ante juez competente: quinto, el instrumento público y auténtico: sesto, la liquidacion ó instrumento simple, líquido de cantidad, daños é intereses, siendo reconocido por la parte con la solemnidad correspondiente: sétimo, los libros y cuentas estrajudiciales reconocidas por las partes en juicio ó por instrumento público: octavo, las cédulas y provisiones de S. M. cuando no son contra dere-

(1) Teatro de la legisl. art. *Recurso* de fuerza.

cho ni dadas en perjuicio de alguno, sin ser citado ni oido: noveno, los juros ó libranzas dadas por el Rey contra sus tesoreros y administradores: décimo, los pareceres conformes de los contadores.

En virtud de cualesquiera de los instrumentos anteriores que traen aparejada ejecucion, puede pedirla no solo el acreedor, sino tambien el que tenga interés; asi, pues, puede pretenderla el socio, aunque no tenga poder de los consocios: el marido por la dote que se le prometió y no entregó, y por los bienes parafernales, como conjunto y á nombre de su muger: el heredero del acreedor, justificando serlo, contra los deudores del difunto: el comprador de la herencia contra los deudores de ella, y el fiador contra el principal obligado por lo que pagó por él, constando de la deuda y su solucion.

La ejecucion se despacha regularmente contra ciertos y determinados bienes que el deudor nombra, y si no lo hace, ó se halla ausente, contra los que indica el acreedor. Primero se traba en los bienes muebles, y por su falta en los raices.

Hay muchos bienes en los cuales no puede hacerse la ejecucion. Tales son las cosas sagradas y destinadas al culto divino: los aparejos y animales de labranza, si no es por derechos reales ó por diezmos: los instrumentos que tienen los artífices para el uso de su oficio: las casas, armas y caballos de los caballeros é hijosdalgos, si no es por deuda real: los sueldos de los militares: los libros de los abogados y estudiantes: el vestido diario, cama y otras cosas necesarias al uso cuotidiano &c. (1).

(1) Ll. 7. tít. 2. lib. 1., y 25. 26. 27. y 28. tít. 21. lib. 4., y 6. tít. 17. lib. 5. de la Rec., y 3. tít. 27. Part. 3., y Cur. Filip. §. 16. n. 8. y sig.

§. IX.

Orden y forma del modo ejecutivo.

El acreedor que intenta ejecucion contra su deudor debe presentar primeramente un escrito al juez diciendo : que en atencion á que no ha podido cobrar de él su crédito que consta del documento que presenta, no obstante las repetidas amigables reconvenciones que le ha hecho , se sirva mandar se libre mandamiento de ejecucion contra su persona y bienes por la cantidad de la deuda y costas causadas, y que se causaren hasta su cumplida satisfaccion. El juez examina el instrumento presentado, y siendo de los que traen ciertamente aparejada ejecucion, manda librar el mandamiento diciendo: =*Vistos: líbrese mandamiento de ejecucion.* Este se entrega al acreedor, y no al alguacil , pena de nulidad de ella.

Pudiendo ser habido el deudor se le requiere con el mandamiento ejecutivo por medio del escribano y ministros que pasan á su casa, para que ó pague la cantidad porque se despachó, ó señale bienes en que se trabe la ejecucion. Esta , segun hemos dicho, se debe hacer precisamente en bienes muebles ; no habiéndolos en raices , y á falta de todos en las deudas, derechos y acciones del deudor. Si éste no puede ser habido, ó no nombra bienes, ó los que nombra no son suficientes , los señala el acreedor por el órden referido. Verificada la ejecucion se deben inventariar y depositar los bienes embargados en poder de persona abonada, y el deudor debe dar la fianza llamada de *saneamiento.* Por ella asegura el fiador que los bienes ejecutados son del deudor , y que si no lo fueren se obliga á satisfacer toda la deuda ó lo que falte con los suyos , hecha escusion en los del deudor. Esta fianza es sustancial en el juicio ejecu-

tivo, para que no sea ilusorio; y no dándola el ejecutado, se le debe poner preso (1) (*).

Hecha la ejecucion, y notificado su estado al deudor, pide el acreedor que se pregonen los bienes ejecutados á efecto de venderlos en pública subasta. El juez provee á su peticion, mandando que se den tres pregones de nueve á nueve dias cada uno, si los bienes son raices; y si fueren muebles, de tres en tres dias, escluyendo los en que se dieren los dichos pregones (2).

Dados estos, ó pasado el término de ellos, si el deudor los renunció, se presenta el acreedor pidiendo que se cite al reo de remate, y el juez lo manda citar, hallándose en estado. En esta citacion se le apercibe que si dentro de los tres dias siguientes al de la fecha no comparece á mostrar paga, quita ó razon legítima para no pagar, se procederá sin mas citacion á la subasta y venta de los bienes ejecutados, para verificar el pago de la cantidad principal, costas y décima, donde haya costumbre de exigirla.

Dentro de estos tres dias debe el deudor oponerse á la ejecucion, si tiene escepcion legítima que alegar. A este efecto presenta un escrito, diciendo que por tal cantidad se despachó contra él ejecucion, se le embargaron bienes, y se le ha citado de remate; pero que mediante á tener que alegar y escepcionar contra dicha ejecucion, se opone á ella, y pide se le manden entregar los autos. El

(1) L. 19. tít. 21. lib. 4. Rec.

(*) Hay algunos que gozan del privilegio de no poder ser presos por deudas. Tales son: 1.° Los procuradores de los pueblos que estan en la corte. 2.° Los nobles é hijosdalgos, siempre que la deuda no proceda de delito ó cuasi delito. 3.° Los doctores ó licenciados en facultades mayores. 4.° Los labradores en tiempo de cosecha, si no es por deudas reales ó procedentes de delitos. 5.° Las mugeres. Ll. 10. y 11. tít. 7. lib. 6., 4. tít. 2. lib. 6., 8. y 9. tít. 7. lib. 1., 25. y 26. tít. 21. lib. 4., 8. tít. 1. lib. 5., y 2. cap. 4. tít. 17. lib. 6. de la Rec.

(2) Dicha ley 19.

juez provee en estos términos: = *Hase á esta parte por opuesta á la ejecucion que refiere, y se encargan á entrambas los diez dias de la ley.*

La oposicion que haga el ejecutado, ó las escepciones que debe proponer, deben ser paga, promesa ó pacto de no pedir, falsedad, usura, temor ó fuerza, y otras legítimas que de derecho se deban admitir (1); y sin embargo de cualesquiera otras escepciones debe el juez llevar adelante la ejecucion. Propuesta por el reo alguna escepcion de las dichas, se le han de entregar los autos, y debe probarla dentro de diez dias, que han de contarse desde aquel en que hizo la oposicion; de manera que si no la prueba dentro de ellos, debe sentenciarse la causa de remate sin embargo de apelacion, que no debe admitirse sino en cuanto al efecto devolutivo (2).

No oponiéndose el deudor á la ejecucion dentro de los tres dias, ó si se opone no probando sus escepciones dentro de los diez dias, el acreedor se presenta pidiendo que se sentencie la causa de remate. El juez llama los autos con citacion, y pasados tres dias da su sentencia, mandando continuar la ejecucion, y hacer tránce y remate de los bienes ejecutados, y de su precio, entero pago al acreedor, dando éste préviamente la fianza de la ley de Toledo ó de Madrid, segun sea la deuda; y que precedida tasacion de las costas, se espida el correspondiente mandamiento de pago.

Dada la fianza, y hecha relacion de las posturas de los bienes, y de su justiprecio hecho por peritos nombrados por las partes, y pareciendo admisibles las posturas, por llegar á las dos tercias partes del valor de los bienes, se pide por el acreedor que se dé el cuarto pregon. Este se manda dar por el juez y efectuar el remate, señalando dia y

(1) L. 1. tít. 21. lib. 4. Rec.

(2) L. 3. tít. 21. lib. 4. Rec.

hora para él, con citacion del deudor.

Llegado el dia, y dado el cuarto pregon, adjudica el juez los bienes al postor, otorgándole venta judicial de ellos. Pero si no se halla postor, ó si se halla no es idóneo, ó no quiere ofrecer el justo precio de ellos, puede el acreedor pretender se le entreguen en pago de su deuda, y el juez debe adjudicárselos si lo consiente el deudor, ó no lo contradice dentro de tercero dia de habérsele comunicado esta pretension, formalizándose á su favor la correspondiente escritura. El acreedor los debe recibir en esta forma: si su valor escede al crédito, debe restituir el esceso, y si no alcanza puede repetir contra los demas del deudor por el resíduo y costas (1).

La parte que se siente agraviada por la sentencia en este juicio puede apelar; pero al deudor no se le debe admitir la apelacion si no es pagada la parte; porque en este caso no tiene mas efecto que el devolutivo (2). En estos términos se sigue en juicio ordinario el grado de apelacion y suplicacion hasta la sentencia de revista. Puede tambien cualquier tercer opositor salir oponiéndose á la ejecucion hasta la sentencia para ser preferido al ejecutante; y como no se le haya hecho paga, aunque se hayan rematado los bienes, tiene lugar la oposicion.

Siendo varios los acreedores que salen demandando al mismo deudor, y alegando derecho á sus bienes, se llama *concurso*. Este juicio se sigue entre el deudor y los acreedores, sustanciándose en lo principal con dos escritos de cada parte por todos los términos de la via ordinaria hasta que se pronuncia la sentencia que llaman *de graduacion, ó de preferidos*, porque en ella se señala el órden con que deben ser pagados todos los que han probado su derecho,

(1) Ll. fin. tít. 27. Part. 3., y 44. tít. 13. Part. 5.

(2) L. 3. tít. 21. lib. 4. Rec.

dando cada uno la fianza llamada *depositaria, ó de acreedor de mejor derecho* (1).

Esta sentencia es apelable, y para poderse ejecutar ó se ha de ejecutoriar, ó declarar por pasada en autoridad de cosa juzgada; y no apelando ninguno, ó consistiéndola todos, puede pretender el defensor del concurso se declare por tal.

§. X.

Del juicio criminal.

Este juicio, segun hemos dicho ya, se dirige á que se imponga á los delincuentes la pena que conforme á derecho merezca su delito. En él se puede proceder de tres modos: 1.º por acusacion: 2.º por denuncia; y 3.º por inquisicion ó de oficio del juez.

§. XI.

Juicio criminal por acusacion.

Se da el nombre de querella ó acusacion al primer escrito de la causa, en que el querellante, despues de referir el delito con sus circunstancias, espresando el nombre del delincuente, y pidiendo que se le impongan las penas debidas, solicita que se le admita una informacion sumaria sobre lo espuesto, y que hecha la suficiente se mande prender al reo, y embargar sus bienes. El juez, si la causa no es grave, comete la informacion al escribano; pero si lo es, debe recibirla por sí mismo, y resultando de ella semiplena prueba, ó indicios bastantes, libra mandamiento de prision y secuestro de bienes contra el reo.

(1) L. 11. tít. 16. lib. 5. Rec.

Recibida la sumaria, se toma confesion al reo preguntándole aquello que consta de los autos, á lo menos por semiplena prueba; y asi de ella como de los autos se da traslado al acusador, mandándole que dentro de tercero dia ponga acusacion formal al reo, con apercibimiento de que no haciéndolo se declarará por no parte. Si no lo verifica en el término señalado, acusándole la rebeldía el reo, se le manda notificar por segundo término, y por tercero que cumpla con lo mandado; y finalmente se le declara por no parte, y se sigue la causa de oficio. Pero si el acusador formalizare la acusacion, se da traslado de ella al reo, el cual responde, y de su respuesta se da traslado al acusador: y al nuevo escrito de éste contesta el reo en cuarto escrito; siguiéndose en esto y en lo demas los trámites del juicio ordinario civil. Se recibe, pues, la causa á prueba, prorogándose los términos: se hace publicacion de probanzas: se alega de bien probado: abona cada parte sus testigos, y tachando los de la otra, se recibe la causa á prueba de tachas. Despues se concluye para definitiva, y manda el juez traer los autos con citacion de las partes, y vistos se sentencia, y sigue el grado de apelacion y suplicacion como en la via ordinaria.

Si el acusado se presenta dentro del plazo que se le señaló para responder á la acusasion, y el acusador no comparece, le puede el juez imponer á su arbirio una pena pecuniaria, y mandarle emplazar de nuevo, señalándole término para que acuda á seguir su acusacion; y si no acudiere dentro de él, ni diese ninguna escusa justa, debe el juez absolver al acusado de la acusacion, haciendo que el acusador le satisfaga todas las costas y perjuicios que se le ocasionaron por causa de ella. Pero si ningunos se le originaron, ni fue perjudicado en su honor, puede el acusador en el término de treinta dias apartarse de la acusacion con la venia del juez, quien debe concedérsela *cuando*

entienda que no la desampara engañosamente, mas porque dice que la fizo por yerro (1).

De aqui se infiere que hay ciertos casos en que no puede el acusador abandonar su acusacion, ni aun con permiso del juez. El primero es cuando se ha puesto preso el acusado, y por causa de su prision ha padecido en su estimacion ó en sus bienes: el segundo es cuando sabe el juez con certeza que fue maliciosa ó falsa la acusacion; y el tercero cuando se acusa una traicion contra el Rey ó república, alguna falsedad, algun hurto ó robo hecho á algun lugar sagrado, ó al Rey; ó el abandono de algun castillo ó fortaleza, cuya guarda hubiese sido encomendada á algun caballero ú oficial militar. En cualquiera de estos casos se halla precisado el acusador á seguir y probar su acusacion; y si la desamparase ha de sufrir la pena que debia imponerse al acusado, acreditándose el crímen de que le acusaba. Se esceptúan, no obstante, aquellas personas que segun las leyes no deben sufrir pena alguna, aunque no prueben el contenido de sus acusaciones (2).

§. XII.

Juicio criminal de oficio, ya sea por denuncia, ó por inquisicion.

De este modo se procede siempre que no se presenta ningun acusador contra los delitos. Para evitar su impunidad, que seria tan dañosa á la sociedad, pueden los jueces proceder de oficio, ó por sí mismos, á investigarlos, y averiguar sus autores, para imponerles el correspondiente castigo.

Para que el juez proceda de oficio es necesario que tenga noticia del delito; y esto puede ser, bien por fama

(1) L. 19. tít. 1. Part. 7.
(2) Ll. 20. y 21. tít. 1. Part. 7.

ó rumor que corra en el pueblo, bien por denuncia ó delacion. Esta es un aviso del delito que se da estrajudicialmente al juez para que ponga enmienda, ó imponga castigo. Puede hacerse por medio de alguna carta dirigida al juez, ó de palabra á éste ante escribano, quien debe poner por escrito el hecho acaecido con todas sus circunstancias, á fin de que puedan hacerse las correspondientes averiguaciones; pero lo mas comun es que el denunciador, por no enemistarse, avise secretamente á los alguaciles, escribano ó juez, para que éste siga de oficio la causa, si le parece conveniente.

En toda causa criminal lo primero que se ha de averiguar es, segun la espresion forense, *el cuerpo del delito*; pues no habiendo delito justificado, no puede haber delincuente, y antes, por ejemplo, que alguno pueda ser convencido de homicida, es necesario hacer constar que ha habido un hombre muerto. Luego, pues, que llega á noticia del juez que se ha cometido algun delito, hace un auto que se llama *cabeza de proceso*: en él refiere que habiéndosele dado noticia en aquel instante, que son las tantas horas de la mañana, tarde ó noche del dia presente, de que en tal sitio se ha cometido tal delito, por tanto, para averiguar la verdad del hecho, y castigar como corresponde á los delincuentes, manda formar dicho auto; á cuyo tenor y demas circunstancias que resultaren se examinen los testigos que puedan ser sabidores del caso, para lo cual, y practicar las demas diligencias oportunas, pasará personalmente el juez (*).

Inmediatamente que ha proveido el auto referido debe el juez comenzar á formalizar las justificaciones del cuer-

(*) Si el delito no es muy grave, y el juez está ocupado en otros asuntos de administracion de justicia, se puede cometer la averiguacion al escribano, siendo hombre de habilidad y de buena conciencia.

po del delito, con estension por menor de todas sus circunstancias y particularidades, bien sea en homicidios, mutilaciones de miembros, heridas, robos, latrocinios, ó cualquiera otro crímen grave; á recibir la sumaria de las personas que puedan declarar la verdad de los hechos y sus autores, evacuando las citas que se vayan haciendo. Constando ya del delito, y resultando indicios bastantes contra alguno por la sumaria, se librará mandamiento de prision contra él, y contra todos los que resultaren reos: se les mandarán embargar y secuestrar sus bienes, y se depositarán en persona abonada.

Concluida la sumaria, y apareciendo justificados el delito y delincuentes, debe el juez proveer un auto en que declara por bastante la informacion recibida; por bien presos los reos, y sus bienes por bien secuestrados; mandando al mismo tiempo que se les tomen sus confesiones.

La confesion del reo viene á ser la contestacion de la causa, y es la última diligencia de la sumaria. Esta comienza preguntándole cómo se llama, de dónde es natural y vecino, y qué edad tiene. Si de aqui resultare ser menor de veinte y cinco años, se le debe nombrar curador *ad litem*. Este, habiendo aceptado el cargo, y hecho el juramento correspondiente, entrará á ver jurar al reo. Despues saldrá del lugar ó pieza de la confesion, mientras se le recibe, y se le hacen todas las preguntas y repreguntas conducentes sobre lo que resulta de la sumaria. Concluida la confesion debe el curador volver á entrar, para que en presencia suya se lea al reo su declaracion, y ratificándose en lo dicho la firman ambos, ó el que supiere (*).

(*) La confesion en realidad de verdad no se concluye, sino que se suspende, dejándola abierta para continuarla siempre que convenga; lo que tambien se hace en todo lo perteneciente á recibir deposiciones de testigos; y asi lo debe espresar el juez en el auto que provee despues de la confesion.

Si hay fiscal, ó parte por la vindicta pública, se provee auto por el juez mandando que se le dé traslado de los autos para que en vista de ellos formalice su acusacion, y pida lo que corresponde segun derecho (*). De la acusacion, y de todo lo que pidan, se da traslado al reo para que en el término que se le señale alegue lo que le convenga. De este alegato ó defensa se vuelve á dar traslado al promotor fiscal, y despues al reo, quien por último satisface en cuarto escrito. Despues pide el promotor fiscal que se concluya en la causa para prueba, y de su peticion se da traslado, con término, á lo mas de tres dias, al procurador del reo. No contradiciéndose con fundamento la conclusion, manda el juez se traigan los autos para proveer lo que corresponda, segun estado, citando antes á las partes.

Evacuado esto, provee el juez que se reciba la causa á prueba, por el término de nueve dias comunes á todos los interesados, para que dentro de ellos pidan y justifiquen lo que les convenga. Este término, con consideracion á la gravedad de la causa, número de los reos, y mayor ó menor dificultad de dar las pruebas, puede el juez ir prorogando hasta los ochenta de la ley, y no mas. Dentro de él se ratificarán los testigos del sumario: se examinarán de nuevo los que conviniere á la justificacion de la causa; y se recibirán las pruebas.

(*) No habiendo parte por la vindicta pública, y siendo grave la causa, nombra el juez de oficio promotor fiscal á algun abogado ú otro sugeto capaz. A éste se le pasa la causa para que en el término que se le señala formalice la acusacion, y pida lo que convenga segun derecho. Este auto se le hace saber para que acepte y jure desempeñar bien y fielmente tal encargo. Al mismo tiempo se hace saber al reo el estado de la causa para que nombre abogado y procurador que le defiendan, y otorgue á favor de éste el correspondiente poder; con apercibimiento de que no haciéndolo se sustanciará la causa en rebeldía, y su omision le parará el mismo perjuicio que su espreso consentimiento.

Concuido el término de prueba, y á peticion del promotor fiscal ó del reo, ó si no de oficio (*), el juez provee, que habiéndose cumplido el término de prueba, lo que ha de certificar el escribano de la causa, se hace publicacion de probanzas, las cuales, unidas al proceso, se han de entregar á las partes por su órden y por tiempo determinado, para que en su vista aleguen y pidan lo que les convenga. El promotor fiscal alega de bien probado, y pide se imponga al reo la pena que conforme á derecho le corresponde. De este alegato se da traslado al defensor del reo, quien satisface con otro, de que se vuelve á dar traslado al promotor fiscal, el cual concluye para definitiva (**). El juez ha por conclusa la causa, y manda se traiga para proveer, citadas las partes (***).

Para pronunciar la sentencia ha de instruirse el juez perfectamente de cuanto resulte del proceso, tomándose todo el tiempo necesario para ello, y para formar un juicio acertado y maduro. Si bien instruido de lo que resulte de los autos advierte que está plena y claramente probado el

(*) Cuando no hay promor fiscal, ni parte por la vindicta pública, el juez sigue todos estos trámites de oficio.

(**) Siempre que falta acusador ó parte ofendida que quiera hacer de tal, ó persona nombrada segun la ley para la causa en particular, que acuse en satisfaccion de la vindicta pública, é inste por el castigo y ejemplo, despues de tomada la confesion al reo provee el juez un auto en que le hace cargo de la culpa que resulta contra él de los autos, y se le manda dar traslado de ellos: recibe la causa á prueba con el término que le parece, con todos cargos de publicacion, conclusion y citacion para sentencia; y manda que se ratifiquen los testigos de la sumaria, y los peritos que hubieren depuesto en comprobacion del delito, y se reciban otros. Todo esto comprende el auto que llaman *de cargo* y *culpa*, el cual se notifica al reo para que se descargue y pruebe su inocencia; y se le conceden las prorogaciones de término que fueren menester.

(***) Los jueces no letrados en este estado deben remitir el proceso cerrado, y por conducto seguro, á algun abogado, con cuyo parecer ó dictámen absuelvan ó impongan al reo la pena que merezca.

delito contra que se procede, da su sentencia, condenando al delincuente en la pena prescrita por las leyes; y de lo contrario le debe absolver, aunque tenga contra sí algunos indicios ó presunciones; con especialidad si el castigo habia de ser la pérdida de la vida, para la cual *por ser la persona del hombre la cosa mas noble del mundo*, exige una ley pruebas *ciertas é claras como la luz, de manera que non pueda sobre ellas venir dubda ninguna* (1).

En el caso de no haber contra un reo pruebas claras del delito, sino graves y fundados indicios que no ha podido desvanecer, se practica que semejante reo sea absuelto solamente de la instancia, para que pueda suscitarse de nuevo el juicio por el mismo crímen, siempre que se produzcan otras pruebas contra él.

Dada la sentencia, el reo por lo regular apela, y se sigue el grado de apelacion y suplicacion, como se dijo en el juicio ordinario civil.

§. XIII.

Juicio criminal con el reo ausente.

Si el reo contra quien se ha de proceder criminalmente no puede ser habido, siendo el delito de calidad que por él se deban secuestrar los bienes al reo, si se secuestran, y el acusador ó fiscal pide que sea llamado por edictos y pregones, presentando certificacion del alguacil que asegure como lo ha buscado y no puede ser habido, y del alcaide ó carcelero de que no se ha presentado en la cárcel, ni está preso, entonces manda el juez despachar el primer edicto, en el cual espresa el delito, y ordena al reo que comparezca á defenderse dentro de nueve dias, que le oirá y hará justicia; con apercibimiento que de no ha-

(1) L. 26. tít. 1. Part. 7.

cerlo, procederá en su rebeldía como hallare por derecho, y le declarará los estrados de su audiencia por bastantes, para que con ellos se hagan los autos hasta la definitiva. Se espresa ser el primer edicto, y se manda publicar en la casa del reo, si la tiene, y fijar en lugar público acostumbrado.

Si no parece al plazo, se le acusa rebeldía, y se pide que se despache segundo edicto; y el juez, con certificacion del alcaide de que no se ha presentado el reo, ni está preso, le condena en la pena llamada *del despréz*, que son sesenta maravedís; y provee que se despache segundo edicto, en que le manda comparecer dentro de otros nueve dias, y que se fije en su casa y en el lugar acostumbrado. Si no parece al plazo, se le vuelve á acusar rebeldía, pidiendo se le despache el tercer edicto, y que se le condene en la pena llamada *del homecillo*, que es de seiscientos maravedís: el juez le condena en ella, ó en otra arbitraria, que es lo que se acostumbra, certificado antes de que no se ha presentado, ni está preso; y manda que sea llamado por tercer edicto, que se publicará y fijará como los anteriores. Si no comparece, el acusador ó fiscal le acusa rebeldía, y pide que se le dé traslado de la sumaria informacion para ponerle la acusacion en forma, y pedir lo que corresponda en justicia; y el juez, con la tercera certificacion del carcelero, manda que se dé al acusador el traslado que pide, y que formalice su acusacion.

Presentada ésta, el juez manda que el reo ausente responda dentro de tercero dia, y que se le notifique asi en los estrados de su audiencia, que declara por bastantes. Notificado el auto á los estrados, y pasados los tres dias, el acusador le acusa rebeldía, y pide que se reciba la causa á prueba. El juez la ha por acusada, y recibe la causa á prueba por el término que le parece; lo que se notifica al querellante y á los estrados por el reo ausente. Se reciben

las pruebas, se ratifican los testigos de la sumaria, se hace publicacion de probanzas, y en todo se sigue la causa por los trámites ordinarios de derecho hasta que se da sentencia definitiva conforme al proceso; entendiéndose para todo con los estrados, á quienes se hacen las notificaciones.

Si el reo comparece al segundo plazo, debe pagar la pena del despréz y costas, y será oido: si pareciere al tercer plazo, á mas de esto pagará la pena del homecillo, y tambien será oido; y lo mismo será presentándose, ó siendo preso antes de la sentencia definitiva, ó despues de ella, dentro de un año.

Siguiéndose la causa de oficio por solo el juez, luego que se libre el mandamiento de prision en virtud de la sumaria, constando por certificacion del alguacil que no puede ser habido el reo, y por la del alcaide que no se ha presentado en la cárcel, ni está preso, se despachan los tres edictos como va dicho, al fin del plazo de cada uno, y cumplido el tercero pronuncia auto el juez en que recibe la causa á prueba con todos cargos de publicacion, conclusion y citacion para sentencia, mandando que se ratifiquen los testigos de la sumaria, y se examinen otros, y que se notifique este auto á los estrados. Se hacen las prorogaciones necesarias de término probatorio, y pasado se sentencia la causa definitivamente.

FIN DE LA OBRA.

ÍNDICE

DE LOS TÍTULOS QUE CONTIENE ESTE TOMO.

LIBRO TERCERO.

LIBRO CUARTO.

ERRATAS.

En la página 237, línea 10, *dice* orígen y ritualidades, *léase* órden y ritualidades.

En la página 253, línea 2, *dice* modo ejecutivo, *léase* juicio ejecutivo.

LISTA

DE LOS SEÑORES SUSCRITORES Á LA OBRA.

MADRID.

Un Magistrado de la Corte.
D. Francisco Mercedes Canencia.
Fr. Francisco de la Anunciacion, Religioso Belemita del Convento de la Habana.
D. Antonio Garfias.
D. Mariano de la Bodega.
D. Tomás Antonio Suazo.
El Illmo. Sr. D. Guillermo de Vargas.
D. José Antonio de Uriarte.
D. José Gutierrez del Rivero.
D. Ramon Hernandez de Armas.
D. Juan José Delicado y Diaz, Fiscal Togado del Consejo Supremo de la Guerra.
D. Francisco Vila.
D. Santiago Coll.
D. Ramon Arriola.
D. Gabriel Gonzalez Maldonado.
D. Antonio Siles.
D. Manuel María Zuaznabar.
Dr. D. Juan Esteban de Izaga.
D. Bartolomé Moreno y Luque.
D. José Tirado y Cruzado.
D. José Joaquin de Escorza.
D. Mariano Camprobin.
D. Genaro Gomez.
D. Juan Antonio de Eleizalde.
D. Francisco Razola, *por 2 ejemplares.*
D. Lino Sanchez.
D. Pedro de Torres.
D. Francisco Martinez de Galinsoga.
D. José Perez y Vargas.
D. J. F. de A.
D. Felix Puig.
D. Mateo de Norzagaray.
D. Javier de Leon Bendicho.
D. Francisco de Rojas Pizarro.
D. Pedro Olivares.
D. Domingo Antonio Guerra.
D. Antonio Flores.
D. Santiago de Alvarado y de la Peña.
D. Tomás Quintero.
D. Ramon Francisco Lopez.

D. Vicente Canto.
D. Ceferino Pernia.
D. Bernardino García Tizon.
D. José del Collado, *por 6 ejemplares.*
D. Agustin Sevillano.
D. Antonio Collantes Bustamante.
D. Luis Piernas.
D. Andrés Leal.
D. Laureano Jado.
D. Manuel María de Olarte.
D. José Martinez Duarte.
D. Pedro Pablo Gomez.
D. Ligorio Beleña.
D. Juan José de la Fuente.
D. Santiago Peñarrocha.
D. Diego María Lopez, Prior del Consulado de Málaga.
D. Francisco de Aguilar y Conde, Intendente de Ejército.
D. A. de S. V., *por 12 ejemplares.*
D. Lorenzo Rodriguez de Cela.
D. Lázaro Estevez.
La Real Biblioteca de Berlin.
D. Manuel Francisco Foruria, Abogado de los Reales Consejos en la villa de Garnica.
El Excmo. Sr. Ministro de Prusia.
D. Francisco Cellanes.
D. Justino Ibañez de Ocerin.
D. Lucas de la Loma.
D. Juan José Cadabal.
D. José Pedro Alcántara Rodriguez, Provisor de Plasencia.
D. Manuel Heredia.
D. Agustin Somera.
D. Julian Viana, *por 2 ejemplares.*
D. José Miguel Escalante.
D. Martin García, *por 4 ejemplares.*
D. Francisco de Paula Aspe.
D. Felipe Benedicto.
D. Epifanio Rodriguez Bahamonde.
D. José Losada Cadórniga, Abogado de los Reales Consejos.
D. Fernando Escudero, Alcalde mayor de la Vega del Balcarreal.
A. R.
D. Rafael Velarde.
D. Joaquin Lorenzo Mozo, del Consejo de S. M. en el Supremo de la Guerra.
D. Andrés Alfonso de Choya, hijo, Abogado de los Reales Consejos.
D. Gonzalo Lopez.
D. Joaquin de Mendizabal.
D. Gregorio Alfonso de Choya, Abogado de los Reales Consejos y del Ilustre Colegio de Madrid, residente en Villacastin.

D. Manuel María Martin Navarro.

D. Lucas Lopez.

D. José Pio Vazquez, Oficial mayor de la Administracion de Correos de Salamanca.

D. Valerio Perez.

D. Lucas de Melo.

D. Francisco de Paula Izardo.

D. Benito Carrasco, *por 2 ejemplares.*

SEVILLA.

D. Andrés Macegosa, Corregidor de Estepona.

D. Vicente Sesé, Canónigo de la Catedral.

Dr. D. Manuel de Arjona y Tamariz.

Dr. D. Patricio de Arjona y Tamariz.

Dr. D. José Molina, Abogado de los Reales Consejos.

D. Manuel Bermar.

D. Manuel María de Medina y Cabañas.

D. Francisco Lopez Omaña.

D. Cristóval Govantes.

D. Manuel de Hita.

El Sr. Conde de Villa-Alcazar.

D. Bartolomé Caro Hernandez, *por 3 ejemplares.*

GRANADA.

D. Francisco Fuensalida, Escribano Real y del número de la villa de Montefrio.

D. Manuel Gadeo y Subiza.

D. José Serrano.

D. Manuel Sanchez Cid, Relator de esta Real Chancillería.

D. José de Zayas.

D. Antonio Lamoneda, Abogado de esta Real Chancillería.

D. Antonio Constans.

D. José Gabaldon, *por 3 ejemplares.*

VALENCIA.

D. Pascual Ruiz.

D. Manuel de Reyes Julve.

D. Felipe de Urbina y Daoiz, Alcalde del Crímen de esta Real Audiencia.

D. Francisco de Paula Berga, Alcalde del Crímen de la misma.

D. José Echevarría.

D. Vicente Valor.

D. Francisco Cubertorell.

D. Francisco Moltó.

D. Joaquin Dalp.

D. Felipe Guasp, *por 2 ejemplares.*

D. N. Sempere.

D. Vicente Boreleore.
D. Mariano de Cabrerizo, *por 6 ejemplares.*

ZARAGOZA.

D. Joaquin Cistúe, Canónigo de esta Santa Iglesia.
D. Roman Alcrudo.
D. Severo Lorbés.
D. Pantaleon Egea.
D. Jacinto Guin, Presbítero en Solsona.
D. Pedro Nougués Secall, Abogado del Colegio de esta ciudad.
D. Pedro Nolasco Lafuente.
D. Clemente Gil.
D. F. M.
D. Antero Echarri.
D. Ramon Español.

SANTIAGO.

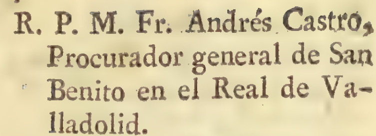
D. Manuel Antonio Caballero, Regente de la Real Audiencia de este Reino.
Dr. D. Sebastian Suarez Montepío, Médico-Cirujano de la Real Armada.
Dr. D. Nicolás de la Riva Moreno, del Ilustre Colegio de Abogados de esta Real Audiencia.
Sr. Arcediano de Montenegro, Dignidad de la Santa Iglesia de Mondoñedo.
D. Diego Vasadre.
Lic. D. José Portal.
Lic. D. José María Bacelar.
Lic. D. Miguel García Camba.
Lic. D. Ramon Antonio García.
Lic. D. Andrés Lopez Pol.
Lic. D. Tomás Montoto.
Lic. D. José Soto Alvarez.
Lic. D. Fròilan Prieto.
Lic. D. Antonio de Puente y Franco.
Lic. D. José Nogueira.
Lic. D. José María Maya y Barrera, Secretario de la Junta de Inspeccion de Escuelas de Galicia.
R. P. M. Fr. Gerónimo Rodriguez, Dominico, en Pontevedra.
D. José de Sada, Secretario de la Intendencia de Galicia.
Br. D. Manuel del Cristo Varela.
Br. D. José María Montoto.
Br. D. Ramon Diaznarédo.
Br. D. José Vicente de Soto.
Un Estudiante de Derecho en esta Universidad.
D. Antonio Valdés.
D. Joaquin María Compañel.
D. Juan Jesus Compañel.
D. Jacinto del Castillo.
D. Luis de la Graña.
D. Jacobo de Rivas.
D. Francisco del Torrente.

OVIEDO.

D. Blas Agustin Miraballes.
D. Domingo Joaquin Alvarez Arenas.
D. Francisco Eguz Quiniza.

VALLADOLID.

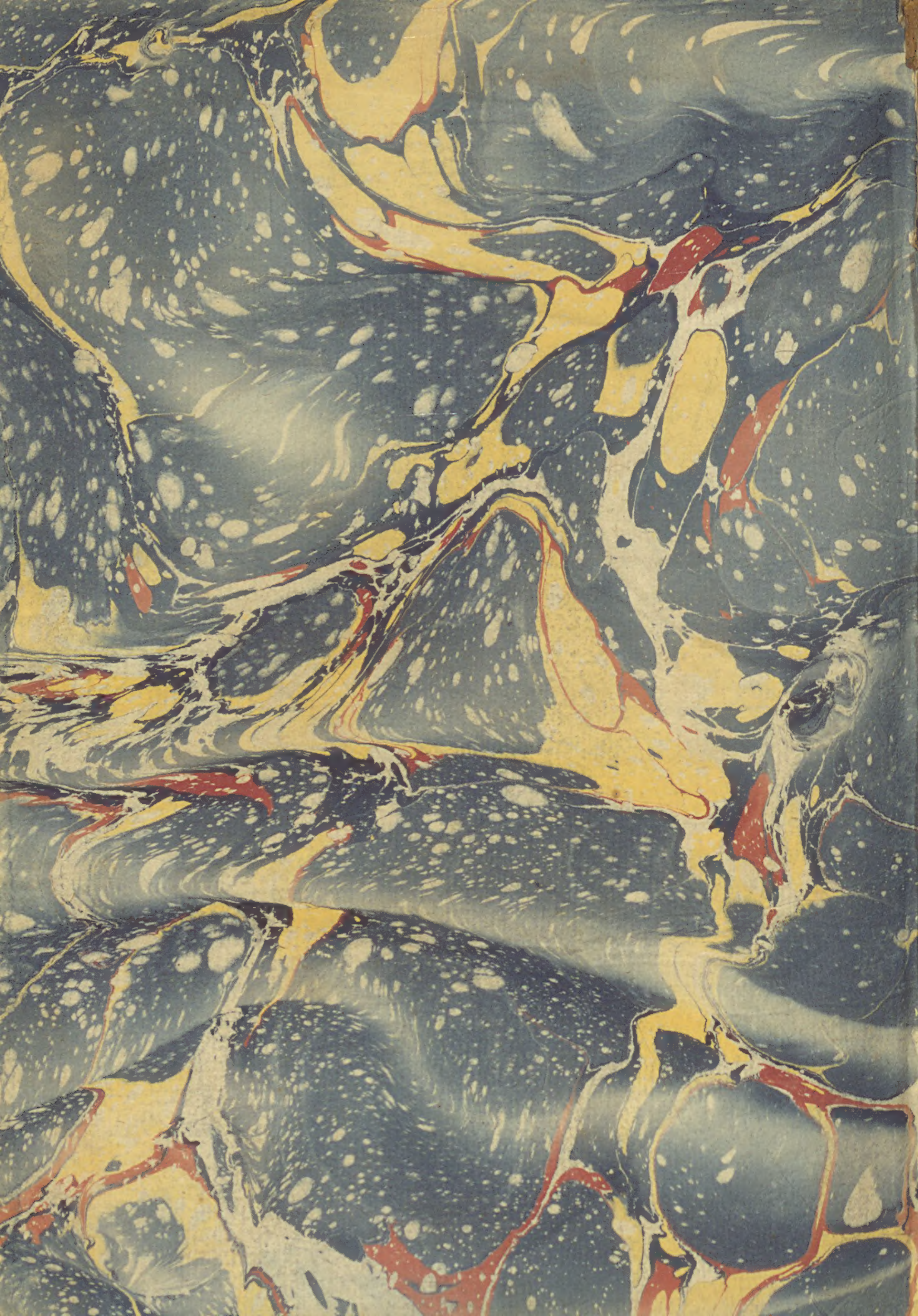
D. Santos María Calba y Torre, Cursante en Palencia.
Dr. D. Pedro Alcántara Rogel, Canónigo Doctoral de Orense.
D. Andrés Gomez de la Vega, Procurador de esta Real Chancillería.
D. Damian Calvo, Relator de Vizcaya de esta Real Chancillería.
D. Manuel Fernandez, Escribano en la Bañeza.
D. Toribio Laverde Gonzalez, Cursante en esta Real Universidad.
D. Juan Fernandez, *por 2 ejemplares.*
D. Antonio Lopez Acebes, Bachiller en Leyes.
D. Emeterio Laba.



R. P. M. Fr. Andrés Castro, Procurador general de San Benito en el Real de Valladolid.
D. Antonio Ibañez, Archivero y Registrador de esta Real Chancillería.
D. Juan Castro.

SALAMANCA.

El Illmo. Sr. Obispo de esta ciudad.
D. Alejandro Elduagin, *por 2 ejemplares.*
D. Fernando Zambrano, Rector del Colegio Alcántara.
D. Luis Jimenez, Presbítero.
D. Wenceslao Herrera, Visitador de Rentas Reales.
D. Salvador Blasco, Bachiller en Leyes.
Dr. D. Juan Magarinos, Catedrático.
D. Lino Gonzalez.
D. Liberato Fernandez.
Dr. D. Lucas García Martin.
D. A. C. R.




A 033(BIS)/142
UNIVERSIDAD DE SEVILLA
600148234
i21957794




colorchecker CLASSIC
calibrite
mm